

# **LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UE: CUESTIONES PENDIEN- TES TRAS LA CARTA DE NIZA\***

**José Martín y Pérez de Nanclares**  
Catedrático de Derecho Internacional y Público  
Relaciones Internacionales de la  
Universidad de La Rioja  
Titular de la Cátedra *Jean Monnet* de  
Derecho Comunitario Europeo

I. INTRODUCCION. ASPECTOS GENERALES. II. LA PROTECCION DE LOS DERECHO FUNDAMENTALES ANTES DE LA CARTA. 1) La inicial protección judicial pretoriana. 2) La incorporación de la jurisprudencia comunitaria al Tratado de la Unión Europea. III. LA CARTA DE DERECHOS HUMANOS. 1) La elaboración de la Carta. 2) El contenido de la Carta. 3) Naturaleza jurídica y valor jurídico de la Carta. IV. CUESTIONES PENDIENTES Y PERSPECTIVAS FUTURAS. 1) La inserción de la Carta en los Tratados: pro y contra. 2) La adhesión al CEDH: una opción (aún) recomendable. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION. ASPECTOS GENERALES.

Los derechos fundamentales afloraron en el siglo XVIII como plasmación de los ideales de la ilustración (racionalismo, individualismo y secularización) inexorablemente unidos a los propios conceptos de ley y de separación de poderes propios del Estado

(\*) Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por la CICYT (SEC 98-0597).

liberal. Desde entonces la protección de los derechos fundamentales ha experimentado un progresivo proceso de perfeccionamiento. Por un lado, a lo largo del siglo XIX se produjo su *positivización y generalización*, así como un proceso de *internacionalización* en el siglo XX a través de diversos instrumentos internacionales de carácter universal o regional<sup>1</sup>. Por otro lado, desde la perspectiva material es conocida la progresiva incorporación a los iniciales derechos civiles y políticos de los derechos propios de las denominadas segunda y tercera generación de muy dispar grado de protección jurídica según cada ordenamiento jurídico.

Por lo que a este trabajo respecta, dedicado a la cuestión de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, nos interesa subrayar desde el principio dos dimensiones básicas de los mismos. En primer lugar, su evidente dimensión *constitucional*. Se trata de un elemento propio e irrenunciable de toda Constitución. Recuértese, aunque sea a título casi anecdótico, que la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano de agosto de 1789 establecía en su artículo 16 que “[t]oute société dans la quelle la garantie des n'est pas assuré (...) n'a point de constitution”. Y en segundo lugar, una dimensión menos tratada por la doctrina pero, a nuestro juicio, de gran interés es su función *integradora*. La historia del constitucionalismo norteamericano (y también del alemán) muestran claramente cómo la progresiva consolidación del poder (central) de la Federación se ha fundamentado de manera sustancial en la aplicación e interpretación que ésta ha hecho de los derechos fundamentales<sup>2</sup>.

En el ámbito comunitario, a caballo entre el Estado nacional y el Derecho Internacional Público clásico, también se constata esta doble función constitucional e integradora de los derechos fundamentales. Así, el respeto a los derechos fundamentales representa, a juicio de un reputado sector doctrinal, un claro principio *constitucional* de la Unión<sup>3</sup> que, por tanto, entronca con el actual debate

(1) Un sucinto resumen de estos procesos puede verse en el estudio preliminar de la reciente recopilación de textos de PECES-BARBA MARTINEZ, G./LLAMAS CASCON, A./ FERNANDEZ LIESA, C.: *Textos básicos de derechos humanos*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 15-23, en especial pp. 17-19.

(2) Véase por todos BRÜGGER, W.: *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Mohr, Tübingen 1987, p. 47.

(3) Como manifestación sobresaliente de esta posición doctrinal puede verse, por todos, LENAERTS, K.: "Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne", AAVV, *Mélanges Michel Waelbroeck, Bruylant, Bruselas*, 1999, pp. 423-457.

sobre una *Constitución europea*<sup>4</sup>.

La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea se ha configurado, empero, a partir de un proceso de incorporación al ordenamiento jurídico comunitario que parte de un inicial silencio de los tratados constitutivos y desemboca en la conocida Carta de derechos fundamentales solemnemente proclamada en Niza en diciembre de 2000<sup>5</sup>. Esta Carta, considerada como “a remarkable document produced by a remarkable procedure”<sup>6</sup>, representa un importante paso adelante en este proceso de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario<sup>7</sup>. Su proceso de elaboración mediante el mecanismo aperturista y transparente de la *Convención* representa, efectivamente, un procedimiento de elaboración normativa sin precedentes en el contexto comunitario y, por supuesto, en el Derecho Internacional. Mas esta Carta, que en sentido estricto no está incluida dentro de los tratados constitutivos y no resulta jurídicamente vinculante –lo que, como veremos, en modo alguno significa que carezca de efectos jurídicos– no es el punto final del proceso. No es sino un paso más –y no el último– en el proceso de *constitucionalización* comunitaria de la protección de los derechos fundamentales.

(4) Para un estudio del debate constitucional en la Unión Europea que también incluye la dimensión de los derechos fundamentales nos remitimos a nuestro trabajo “La Constitución de la Unión Europea: Reflexiones acerca del debate constitucional pendiente”, en AAVV, *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, Madrid, 2002 (en prensa).

(5) DOCE C 364 de 18.12.2000, pp. 1-22.

(6) Véase el editorial de *European Law Review-Human Rights Survey* 2001, p. 1

(7) Entre la amplia literatura existente sobre la Carta puede destacarse CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2001, pp. 7-26, especialmente p. 18; FERNANDEZ TOMAS, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 2001, núm. 214, pp. 15-30; RODRIGUEZ BEREJO, A.: “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea* 2001, núm. 192, pp. 9-20; ALONSO GARCIA, R.: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 2000, núm. 209, pp. 3-17; DIEZ-PICAZO, L.M.: “Glosas a la nueva Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Tribunales de Justicia* 2001, núm. 5, p. 21; LOPEZ CASTILLO, A.: “Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de derechos fundamentales de la UE”, *Revista de Estudios Políticos* 2001, pp. 43-73; POZO RUIZ, F. del: “Diez notas a propósito de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001, núm. 7/8, suplemento, pp. 60-72; MOURA RAMOS, R.M.: “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, *Cuadernos Europeos de Deusto* 2001, núm. 25, pp. 161-185. Entre los trabajos publicados en otros medios destaca el número monográfico que la *Revue Universelle des Droits de l'Homme* dedicó al tema en el año 2000 (vol. 12, núm. 1-2 pp. 1-48).

Por otro lado, no puede tampoco perderse de vista que este proceso de incorporación al ordenamiento jurídico comunitario<sup>8</sup> no es ajeno, en todo caso, a una permanente tensión. De un lado, la existente entre la Unión Europea y los Estados miembros, materializada en conflictos TJCE-Tribunales constitucionales nacionales; y, de otro lado, entre el sistema regional comunitario y el del Consejo de Europa, reflejada en una latente rivalidad entre ambas jurisdicciones que no debe ser menospreciada<sup>9</sup>. Tal tensión es, no obstante, comprensible si consideramos que los derechos fundamentales están indisolublemente ligados a la identidad, los valores y principios básicos subyacentes a cada tradición constitucional y porque su definición y alcance varían notablemente según la opción ideológica, política y económica de cada sociedad<sup>10</sup>.

(8) Un tratamiento general del proceso de incorporación de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario hasta la entrada en vigor del TUE puede verse en CHUECA SANCHO, A.G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1999; LOPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Ed. Tecnos, Madrid 1986; MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.: "La protección de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas", en RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C./LIÑAN NOGUERAS, D.J. (directores), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 97-132; PILLORENS, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 17-44; ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, ed. Ceura, Madrid, 1988; RUIZ JARABO COLOMER, D.: "La técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", *Revista de Instituciones Europeas* 1990, pp. 151-182; RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C.: "La protección de los de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en VVAA, *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, pp. 203-224. En otras lenguas puede entresacarse, entre la abundante literatura existente, los trabajos de CASSESE, A./CLAPHAM, A./WEILER, J.H.H. (eds.): *European Union-The Human Rights Challenge*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991 (3 volúmenes); CLAPHAM, A.: *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991; DAUSES, M.: "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés européennes", *Revue des Affaires Européennes* 1992, pp. 9-21; RENGELING, H.W.: *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, Beck, Munich, 1993.

(9) Véase, por ejemplo, RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C./VALLE GALVEZ, A. del: "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1997, pp. 329-376; GIEGERICH, T.: "Luxemburg, Karlsruhe, Straßburg — Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa?", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1990, pp. 836-868.

(10) Véase WEILER, J.H.H.: "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space", en NEUWAHL, N./ROSAS, A., *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1995; también publicado en WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe. 'Do the New Clotes have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 102-129, especialmente p. 102.

Así las cosas, un adecuado análisis de este proceso y una mínima labor prospectiva sobre el alcance y futuro de la Carta de derechos fundamentales recomienda comenzar este estudio sintetizando el proceso de incorporación de los derechos fundamentales previo a la Carta (II), en el que se diferenciará entre la inicial protección pretoriana realizada por el Tribunal de Justicia (1) y la posterior incorporación de esta jurisprudencia al TUE (2), tras lo cual se analizará la propia Carta (III), tanto su peculiar proceso de elaboración (1) y su contenido (2), como sobre todo la capital cuestión de su valor jurídico (3). Con todo, el núcleo gordiano del trabajo lo constituirá el análisis de las cuestiones que deja pendiente la Carta (IV), las cuales giran básicamente en torno al debate abierto por la Declaración núm. 23 del Tratado de Niza sobre la eventual inserción futura de la Carta en los tratados constitutivos (1) y la, a nuestro juicio, «todavía» recomendable adhesión al CEDH (2).

## II. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTES DE LA CARTA

### 1. La inicial protección judicial pretoriana

Es bien sabido que los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, a diferencia de lo recogido en el malogrado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa de 1952 y en el Proyecto de Estatuto de la Comunidad Política de 1953, no contenían en su redacción originaria ninguna referencia explícita a la protección de los derechos fundamentales<sup>11</sup>. La preocupación inicial de integración económica desplazaba a un muy segundo plano cualquier cuestión de naturaleza extraeconómica. Con todo, el problema tampoco parecía especialmente acuciante, considerando que todos los Estados miembros originarios de la Comunidad eran Estados democráticos de Derecho con depurados mecanismos internos de salvaguarda de los derechos fundamentales y en el plano internacional todos ellos eran parte del Convenio de Roma de 1950<sup>12</sup>.

(11) Aun cuando pudiera apreciarse la recepción de algún derecho particular como los derechos a un nivel de vida equitativo (antiguos arts. 2, 39, 117 TCE), el derecho al empleo (antiguos arts. 39, 118 y 123 TCE) o el de igualdad de retribución sin discriminación por razón del sexo (antiguo art. 119 TCE), éstos cumplían más una función eliminadora de problemas de competencia y para completar las libertades económicas que rectora de la noción de derechos fundamentales. Como una excepción podría pensarse, no obstante, en la protección del secreto profesional y empresarial previsto en el artículo 214 TCE, pero su sustrato último también es una exigencia económica del tráfico mercantil. La prohibición de divulgar “datos relativos a las empresas, y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes”, a la postre, no es sino consecuencia lógica de las normas sobre competencia leal más que un derecho fundamental así entendido.

(12) Conviene, con todo, recordar que no todos los Estados fundadores ratificaron tempranamente el Convenio. Francia, por ejemplo, no lo hizo hasta el 3 de mayo de 1974.

Sin embargo, apenas transcurridos los primeros años, se observó que la fuerza expansiva del Derecho Comunitario Europeo y la progresiva puesta en práctica de las competencias atribuidas a las Comunidades provocaba crecientes contactos jurídicos directos con los particulares. Al principio tales contactos se limitaban prácticamente a los agentes económicos más directamente afectados por los objetivos previstos en los Tratados (léase agricultores, exportadores e importadores, profesionales o gestores empresariales), pero pronto se fue generalizando a todos los ciudadanos con independencia de su condición de agente económico. En este contexto, la originaria omisión de los Tratados respecto a los derechos fundamentales hacía sonora la falta de una exigencia de sumisión de la actividad comunitaria a los mismos.

De forma paralela y sin que pueda obviarse la relación causal subyacente, el Tribunal Constitucional Federal alemán reaccionó ante esta situación y tras unos leves titubeos iniciales<sup>13</sup>, se declaró en 1974 en su conocida sentencia *Solange I* competente para conocer de la conformidad de un Reglamento comunitario, previamente declarado conforme a Derecho Comunitario por el TJCE<sup>14</sup>, con la Constitución nacional<sup>15</sup>. Este pronunciamiento en favor de las nor-

(13) En una primera sentencia de 1967, aunque aceptó expresamente la falta de competencia para conocer de un recurso de amparo presentado por un particular contra un Reglamento comunitario, anticipó que no tomaba postura con ello a propósito de si era competente para examinar normas de Derecho Comunitario Europeo tomando como parámetro las normas sobre derechos fundamentales previstas en la Ley Fundamental de Bonn (LFB) y en qué medida la república Federal de Alemania, a través de la atribución competencial realizada ex artículo 24 LFB podría liberar a las instituciones comunitarias de una sujeción a los derechos fundamentales (BVerfGE 22, 293 (298-299)).

Tres años más tarde el mismo Tribunal reconoció la sujeción de la Sala de los Financiero del Tribunal supremo a las sentencias dictadas por el TJCE en una cuestión prejudicial, pero no se pronunció sobre la eventual competencia para entrar a examinar normas de Derecho Comunitario Europeo bajo el prisma de los derechos fundamentales previstos en la LFB (BVerfGE 31, 145 (174)).

(14) TJCE sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, (11/70, *Rec.*, p. 1125 y s); en el mismo sentido sentencia de 10 de marzo de 1971, *Tradax*, (38/70, *Rec.*, p. 145 y ss).

(15) BVerfGE 37, 271 (285). Así, en su ya conocida fórmula *Solange I* estableció que “en tanto en cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido en la Ley Fundamental de Bonn”, el Tribunal Constitucional Federal alemán será competente para conocer de un recurso de esas características, si el Tribunal considera que el precepto comunitario relevante para la resolución del caso resulta inaplicable porque colisiona con un derecho fundamental previsto en la Ley Fundamental de Bonn. La sentencia tuvo un sustancioso voto particular de tres jueces, el cual si bien critica la posición final adoptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán también deja patente las deficiencias jurídicas que supone la no existencia en la Comunidad de un catálogo de derechos (BVerfGE 37, 271, 291-305).

mas constitucionales sobre derechos fundamentales frente a las normas comunitarias, unido al emitido también por el Tribunal Constitucional italiano en su sentencia de 27 de diciembre de 1973<sup>16</sup>, tuvieron la virtud de provocar una intensa discusión sobre los derechos fundamentales en instancias comunitarias, incluyendo al propio Tribunal de Justicia.

Efectivamente, el Tribunal de Justicia superó su fase inhibicionista y reconoció su competencia para proteger los derechos fundamentales de la persona entendiendo para ello que tales derechos estaban "comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario"<sup>17</sup>. Posteriormente precisó, y será lo realmente relevante de esta etapa, que se inspiran "en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros"<sup>18</sup> y –acaso también como contrapeso– en los "instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos fundamentales"<sup>19</sup>. Con ello el Tribunal de Justicia daba un paso de gigante en la protección judicial comunitaria de los derechos fundamentales<sup>20</sup>, tomándose esta cuestión, como se plantearon COPPEL y O'NEILL, de forma seria ("*taking rights seriously*")<sup>21</sup>.

(16) Publicada en *Rivista Diritto Europeo* 1974, pp. 13-17.

(17) Sentencia de 11 de noviembre de 1969, *Stauder* (26/69, *Rec.*, p. 419), apartado 7.

(18) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, *cit.*). Reiterada después en repetidas ocasiones.

(19) Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, (4/73, *Rec.*, p. 491), apartado 13.

(20) Véase RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C.: "The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities", *Columbia Journal of International Law* 1995, pp. 169-181; SCHERMERS, H.G./WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Communities*, Martinus Nijhoff, 5ªed., Dordrecht-Boston, 1992.

(21) Véase COPPEL, J./ O'NEILL, A.: "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *Common Market Law Review* 1992, p. 669-692. En contestación indirecta a este artículo tres años después véase, WEILER, J.H.H./LOCKAHART, N.J.S.: "Taking Rights Seriously Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review* 1995, pp. 51-94 (primera parte) y pp. 579-628 (segunda parte).

## 2. La incorporación de la jurisprudencia comunitaria al Tratado de la Unión Europea.

La preocupación comunitaria por la protección de los derechos fundamentales no cesó una vez “firmada la paz” entre los Tribunales de Luxemburgo y Karlsruhe<sup>22</sup> sino que se ha proyectado hasta nuestros días. Han sido abundantes las Declaraciones políticas de las instituciones comunitarias<sup>23</sup> –en ocasiones conjuntamente con los Estados miembros<sup>24</sup>– y de diversos Consejos Europeos<sup>25</sup> que hacen referencia explícita a la importancia de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo.

Con todo, la inclusión definitiva de la protección de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario originario se mostró algo más reacia. Más allá de la mera referencia colateral del Acta Única Europea de 1986<sup>26</sup> fue el TUE quien definitivamente *positivizó* la jurisprudencia comunitaria en la materia introduciendo en su articulado (de forma casi literal) el reconocimiento expreso de los derechos humanos “tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del

(22) El Tribunal Constitucional Federal alemán en la conocida sentencia *Solange II* formalizó su renuncia a conocer de la constitucionalidad de normas de Derecho Comunitario “en tanto en cuanto” la Comunidad mantuviera su actual nivel de protección de los derechos fundamentales, BVerfGE 73, 339. Con todo, en diversas ocasiones ha renacido la tentación de una *Solange III* que periódicamente aviva el debate doctrinal. Pero éste no se ha referido ya a los derechos fundamentales, sino a la eventual colisión de determinadas normas de Derecho Comunitario Europeo con el principio constitucional alemán –protegido por la denominada cláusula de la eternidad del artículo 79.3 LFB– del Estado federal.

(23) Es especialmente reseñable la *Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión* de 5 de abril de 1977, JOCE 103/1; sobre ella vid. FORMAN,; “The Joint Declaration on Fundamental Rights”, *European Law Review* 1977, pp. 210-215.

(24) Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo, de los Representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la comisión contra el racismo y la xenofobia de 11.6.1986; Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 29.5.1990 relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (*DOCE C 157*, p. 1).

(25) Declaración sobre la identidad europea de 14.12.1973 (*Bol. CE 12/73*, apdo. 2501; Declaración sobre la democracia de 8.4.1978; Declaración sobre el papel de la comunidad en el mundo de 3 y 3.12.1988 (*Bol. CE 12/88*, apdo. 1.1.10); Declaración sobre derechos humanos de 29.12.1991 (*Bol. CE 6/91*, anexo V) y Declaración sobre derechos humanos de 11.12.1993 (*Bol. CE 12/93*, apdo. 1.4.12).

(26) Es el Acta Única Europea la que en el apartado tercero de su preámbulo hace la primera alusión al respeto de “los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea”.

Derecho comunitario” (art. 6.2 TUE). Por otra parte, el TUE incluyó también determinados derechos dentro del Estatuto de la ciudadanía (arts. 17 a 22 TCE)<sup>27</sup>, si bien estos últimos derechos por tratarse casi exclusivamente de derechos de participación política (derecho de libre circulación y residencia, derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al parlamento Europeo, protección diplomática y consular), están ligados a la condición de nacional de un Estado miembro (art. 17 TCE) a diferencia de los derechos humanos en sentido estricto unidos a la persona.

El Tratado de Amsterdam, por su parte, no sólo hizo referencia explícita en el preámbulo del TUE (no en el del TCE) a los derechos sociales de la Carta Social Europea de Turín, incluir expresamente el principio de no discriminación y otorgar al Consejo la facultad de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación social. También estableció la posibilidad de adoptar sanciones económicas o incluso de suspensión del derecho de voto en el seno del Consejo, contra el Estado que grave y reiteradamente viole los derechos fundamentales<sup>28</sup>. El Tratado de Niza, por su parte, ha modificado tal procedimiento en el sentido de añadir una fase previa a la de constatación de una violación grave y persistente de derechos fundamentales por un Estado miembro en la que se constatará simplemente una situación de *riesgo* de violación de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. La constatación, ciertamente compleja y delicada<sup>30</sup>, la realizará el Consejo por unanimidad –sin tener lógicamente en cuenta el voto del Estado afectado– y podrá conducir a un procedimiento de sanción en el que se procederá a decidir por mayoría cualificada si se

(27) Sobre los derechos fundamentales, tras la entrada en vigor del TUE, *vid.* por todos PEREZ VERA, E.: “El tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *Revista de Instituciones Europeas* 1993, pp. 459-484.

(28) Véase LASO PEREZ, J.: “El Tratado de Amsterdam y el respeto de la democracia y los derechos humanos”, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 1998, núm. 2, suplemento, pp. 31-42.

(29) Véase LASO PEREZ, J.: “La intervención democrática en la Unión Europea después del asunto austríaco y la reforma del Tratado de Niza”, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001, núm. 7/8, suplemento, pp. 45-60.

(30) Sobre la indeterminación de algunos conceptos utilizados en este precepto y la complejidad (política y jurídica) de la determinación, véase VERHOEVEN, A.: “How Democratic Need European Union Members Be? Some Thoughts After Amsterdam”, *European Law Review* 1998, pp. 217-234; WACHSMANN, P.: “Le traité d'Amsterdam. Les droits de l'homme”, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne* 1997, pp. 883-902, especialmente p. 895-896.

suspenden determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate. Y lo que resulta más relevante, de manera explícita y con un lenguaje muy semejante al utilizado en las Constituciones nacionales, el Tratado de Amsterdam fija que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho (art. 6.1 TUE).

Por último, puede constatarse que de forma paralela a esta progresiva configuración histórica de la protección comunitaria de los derechos fundamentales la Comunidad ha ido proyectando también hacia el exterior el valor de la defensa de los derechos fundamentales. Así, la política de la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo debe contribuir “al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (art. 177.2 TCE), lo que se convertirá igualmente en uno de los objetivos básicos de la política exterior y de seguridad común (art. 11. *in fine* TUE). De hecho, si se examina con detenimiento el contenido de los múltiples acuerdos de la CE con terceros Estados son abundantes las referencias a los derechos fundamentales<sup>31</sup>. En ocasiones aparecen simplemente en los preámbulos, bien sea mediante una adhesión a los principios de libertad, igualdad y justicia<sup>32</sup> o a los derechos humanos en sentido genérico<sup>33</sup> o los principios estructurales

(31) Sobre la base competencial para la inclusión de una cláusula de derechos humanos en un acuerdo externo, véase la sentencia del Tribunal de Justicia, dictada apenas unos meses después del dictamen 2/94, a propósito del acuerdo con la India que incluía esta cláusula con base en los antiguos artículos 113 y 130U TCE (actuales artículos 133 y 177 TCE) como elemento esencial del mismo; sentencia de 3 de diciembre de 1996, *Portugal/Consejo* (C-268/94, *Rec.*, p. I-6207), apartados 14 a 29.

(32) Determinados Acuerdos afirman el “deseo común de contribuir a la instauración de una nueva fase de cooperación económica y de facilitar el desarrollo de sus recursos humanos y materiales respectivos sobre la base de los principios de igualdad, libertad y justicia”. Tal es el caso del Acuerdo de Cooperación comercial con Bangladesh de 19.1.1976 (*DOCE* L 319/1976.); Acuerdo de Cooperación con Pakistán de 23.7.1985 (*DOCE* L 108/1986).

(33) Por ejemplo en el Acuerdo de Comercio y cooperación con Macao de 31.12.1992 (*DOCE* L 404/1992) o en el Acuerdo sobre el marco de cooperación entre la CEE y los Estados Unidos Mexicanos de 17.10.1991 (*DOCE* L 340 de 11.12.1991: “considerando que el principal beneficiario de la cooperación es el hombre, por lo que procede promover el respeto de estos derechos”).

recogidos en la Carta de Naciones Unidas<sup>34</sup>. Otras veces lo erigen en principio fundamental sobre el que se basan las relaciones de cooperación que se entablan (elemento esencial)<sup>35</sup>. Existen incluso Acuerdos en los que las partes se reservan “el derecho a suspender con efecto inmediato la aplicación del acuerdo en su totalidad o parcialmente en caso de grave ataque a las disposiciones esenciales” que representan los derechos humanos<sup>36</sup>.

### III. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. La elaboración de la Carta

El último paso en este largo camino hacia la plena protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea lo configura el intento de separación de la reiteradamente citada falta de un catálogo propio de derechos fundamentales en la Unión Europea<sup>37</sup>. Esta labor fue acometida, a petición del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999, por un grupo *ad hoc* que, tras el Consejo Europeo de Tampere, quedó integrado por 62 miembros<sup>38</sup> y que se autodenominó *Convención* (palabra de fuertes resonancias

(34) Sirva citar como ejemplos más relevantes los preámbulos de determinados Acuerdos que manifiestan expresamente “su intención mutua de mantener e intensificar sus relaciones amistosas dentro del respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”, en el bien entendido que los principios estructurales de la Carta no incluyen en sentido estricto derechos humanos. Tal es el caso del Acuerdo de Cooperación con Argelia de 26.4.1976 (*DOCE L 263/1978*); Acuerdo de cooperación con Chile de 12.12.1990 (*DOCE L 79/1991*); Acuerdo de Cooperación con Egipto de 18.1.1977 (*DOCE L 266/1978*); Acuerdo de Cooperación económica y comercial de 18.1.1977 (*DOCE L 268/1978*); Acuerdo de Cooperación de 3.5.1977 (*DOCE L 267/1978*); Acuerdo de Cooperación con Siria de 18.1.1977 (*DOCE L 269/1978*); Acuerdo de Cooperación con Túnez de 25.4.1976 (*DOCE L 265/1978*).

(35) La referencia a que “las relaciones de cooperación y todas las disposiciones de estos acuerdos se basan en el respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos que inspiran las políticas internas e internacionales tanto de la Comunidad como...” se encuentra, entre otros en el Acuerdo de cooperación con Argentina de 2.4.1990 (*DOCE L 295/1990*); Acuerdo de comercio y cooperación con Mongolia de 18.2.1992 (*DOCE L 41/1993*); Acuerdo de cooperación con Paraguay de 3.2.1992 (*DOCE L 313/1992*); Acuerdo de cooperación con Uruguay de 4.11.1991 (*DOCE L 1994/1992*).

(36) Esta afirmación, también conocida como la *cláusula báltica*, se recoge en los Acuerdos de Comercio y cooperación con Albania de 26.10.1992 y los tres Acuerdos de 21.12.1992 con Estonia, Letonia y Lituania (*DOCE L 403/1992*), véase POLLER, K.: “Human Rights Clauses in Agreements Between the European Union and Central and Eastern European Countries”, *Revue des Affaires Européennes* 1997, pp. 290-301.

(37) Véase, por todos, PI LLORENS, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 19-21.

(38) Estos representan a los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (15), al Presidente de la Comisión Europea (1), al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales (30), con el apoyo de dos representantes del Tribunal de Justicia como

observadores.

histórico-constitucionales). Lo más peculiar de este órgano fue, con todo, su forma de trabajo ya que actuó en todo momento con un nuevo método basado en la transparencia<sup>39</sup> y la participación abierta<sup>40</sup> en el que se acogieron múltiples aportaciones externas<sup>41</sup>. Como ha afirmado Romano PRODI, “[p]ara redactar la Carta nos hemos salido de los métodos intergubernamentales habituales, recurriendo a una fórmula original que ha hecho confluir en un único convenio todas las fuentes de legitimación política de la Unión: las instituciones comunitarias y los Gobiernos y Parlamentos nacionales con la participación de la sociedad civil. El resultado está a la altura de las expectativas y es evidente el contraste con el método intergubernamental seguido en Niza cuyo fruto ha sido en cambio un Tratado muy por debajo de cuantos habíamos esperado”<sup>42</sup>. En todo caso, reconociendo los méritos indudables del método de la convención nos parece algo desmesurada su consideración como una *asamblea constituyente*<sup>43</sup>. Y consideramos además difícilmente “exportable” al método ordinario de reforma de los tratados, si bien a la vista de los resultados del Consejo Europeo de Laeken<sup>44</sup> será efectivamente el método que a partir de marzo 2002 se utilizará para preparar la CIG’2004<sup>45</sup>.

Sea como fuere y dejando en esta sede de lado la virtualidad futura del nuevo método lo cierto es que la *convención* elaboró un proyecto de Carta de derechos fundamentales que el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000 transmitió tras su estudio al

(39) Los 55 documentos preparatorios de la de *convención* fueron públicos en todo momento a través de internet de manera que los trabajos de preparación de la Carta podían seguirse permanentemente en “[fundamental.rights@consilium.eu.int](mailto:fundamental.rights@consilium.eu.int)”.

(40) Véase al respecto POZO RUIZ, F. del: *loc. cit.* (“Diez notas a propósito de...”), pp. 66-67.

(41) *La convención* escuchó a 67 representantes de grupos sociales y recibió más de 300 propuestas externas.

(42) Así se pronunciaba en la entrevista recogida en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001, núm. 7/8, pp. 3-5.

(43) Así la califica RODRIGUEZ BEREIJO, A.: *loc. cit.* (“La Carta de derechos fundamentales...”), p. 10.

(44) Véase la Declaración sobre el futuro de la UE, anexa a las conclusiones finales del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001.

(45) Véase nuestro editorial en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001, núm 9, pp. 2-3. En sentido contrario se ha mostrado por ejemplo, Antonio VITORINO para quien la Convención se considera “a possible instrument for preparing the constitutional reform sought for 2004”. Y fija como condiciones para ello su independencia, la fijación clara desde el principio del modo de adopción de decisiones en su seno y una composición semejante a la que elaboró la Carta de derechos fundamentales; VITORINO, A.: “The Convention as a Model for European Constitutionalism”, Hallstein Institut, Universidad von Humboldt, Berlín, 2001, especialmente p. 15 *in fine*, también dispo-

nible en <http://www.whi-berlin.de/vitorino.htm>.

Parlamento Europeo y a la Comisión para su aprobación el 14 de noviembre y el 6 de diciembre respectivamente. De esta manera el 7 de diciembre de 2000 se produjo en Niza lo que el propio Consejo Europeo denominó una “proclamación conjunta por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión de la Carta de Derechos Fundamentales que reúne en un solo texto los derechos civiles, políticos, económicos y de sociedad enunciados hasta la fecha en distintas fuentes internacionales, europeas o nacionales”<sup>46</sup>.

## 2. El contenido de la Carta

Un fructífero punto de partida a la hora de determinar el alcance material de la Carta lo constituía los asentados textos internacionales existentes en la materia, especialmente (aunque no sólo) el CEDH, como también lo eran los procesos nacionales de decantación constitucional de la protección de los derechos fundamentales dentro de los Estados miembros. Pero no puede olvidarse que como argamasa para componer el concreto catálogo que elaborara la Convención actuaba la ya tratada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y sobre la que volveremos más adelante al perfilar la cuestión del valor jurídico<sup>47</sup>.

Así, la Carta, en cumplimiento del mandato del Consejo Europeo de Colonia, “reúne” en un sólo texto los derechos civiles, políticos y sociales enunciados hasta la fecha en distintas fuentes (internacionales, europeas o nacionales). En concreto, contiene un total de 54 artículos estructurados en siete capítulos. Seis de ellos (arts. 1-50) dedicados a su contenido material, esto es, la Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia<sup>48</sup> y un último capítulo séptimo de carácter horizontal o general que resultará capital para determinar el alcance de las disposiciones de la Carta (arts. 51-54).

De esta manera, el texto se abre con un primer capítulo dedicado, como categoría básica, a la protección de la *Dignidad* (cap. I, arts. 1 a 5), el cual recoge los derechos a la dignidad humana,

(46) Así se recogió expresamente en el conocido apartado segundo de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza.

(47) *Vid. infra*, apartado 3.

(48) Salvo el artículo 41 sobre el derecho a una buena administración ningún otro precepto tiene más de tres apartados, lo cual contrasta sobremanera con el opaco y enre-

vesado articulado de los tratados constitutivos.

la vida, prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes y la prohibición de la esclavitud. De este capítulo destaca por su novedad la concreción que en el apartado segundo del artículo 3 se hace a la biomedicina en el que prohíbe únicamente la clonación reproductiva dejando en manos del legislador nacional la eventual prohibición o autorización de otras formas de clonación como por ejemplo la realizada con fines terapéuticos<sup>49</sup>.

El capítulo sobre *Libertades* (cap. II, arts. 6 a 19) incluye el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la protección de los datos de carácter personal, el derecho a casarse y fundar una familia, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de asociación y de reunión, el derecho a la educación y al acceso a la formación profesional, la libertad de las artes y de la investigación científica, la libertad de empresa, el derecho al trabajo, el derecho de propiedad, el derecho de asilo y la protección frente a las expulsiones o las extradiciones. En este capítulo destacan como novedad dos derechos. En primer lugar, el derecho a la protección de los datos de carácter personal (art. 8), si bien se basa en la jurisprudencia desarrollada por el TEDH a partir del artículo 8 CEDH y particularmente en el artículo 286 TCE y la Directiva comunitaria ya existente en la materia<sup>50</sup>. En segundo lugar, destaca también el derecho de asilo (art. 18), el cual *stricto sensu* no constituye un derecho (subjetivo) al asilo que sobrepase el recogido en el artículo 63 TCE<sup>51</sup>, el cual a su vez simplemente acoge el derecho al *non refoulement* del artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1957.

El capítulo sobre *Igualdad* (cap. III, arts. 20 a 26) acoge el principio general de igualdad ante la ley que se concreta en la prohibición de cualquier tipo de discriminación, el respeto de la diversidad, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos de los menores y de los ancianos y la integración de los discapacitados.

(49) Parece una plasmación del Tratado de 4 de julio de 1997 sobre derechos humanos y biomedicina, *International Legal Materials* 1997, p. 817.

(50) Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, *DOCE* L 281 de 23.11.1995. En el marco del Consejo de Europa véase, a su vez, el Convenio de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

(51) Véase en este sentido MAHLMANN, M.: "Die Grundrechtscharta der Europäischen Union", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2000, pp. 419-444, espe-

cialmente pp. 428-430.

El capítulo relativo a la *Solidaridad* (cap. IV, arts. 27 a 38) recoge los derechos económicos y sociales e incluye el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en supuestos de despido injustificado, el derecho a condiciones equitativas de trabajo, la prohibición del trabajo infantil, la protección de los jóvenes en el trabajo, la protección de la vida familiar, el derecho a la seguridad social, la protección de la salud, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. Desde la perspectiva del contenido material de la Carta, estos derechos son probablemente los más problemáticos. Hasta el punto que para algunos autores, además de sobrepasar el mandato de Tampere de incluir en la Carta tan sólo auténticos derechos fundamentales, ni sistemática ni conceptualmente se justifica su inclusión en la Carta<sup>52</sup>. Tampoco es difícil imaginar en el futuro dificultades de índole política para ser aceptada por algunos Estados miembros (y no sólo el Reino Unido) el carácter vinculante de la Carta (o su inclusión en los tratados) en su redacción actual. Sea como fuere, desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica los derechos incluidos en este capítulo presentan notables diferencias respecto al resto de derechos fundamentales. Por un lado, este tipo de derechos no suelen resultar individualmente justiciables de la misma forma que el resto de derechos fundamentales, sino que suelen ser principios informadores para el legislador. Por otro lado, su aceptación y reconocimiento es muy dispar en cada ordenamiento jurídico nacional.

La Carta incluye también los denominados derechos de la *Ciudadanía* (cap. V, arts. 3 a 46), actualmente previstos en su mayoría en los artículos 18 a 22 TCE y que siguen restringidos a los ciudadanos que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro: derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, derecho de acceso a los documentos del Consejo, Parlamento Europeo y Comisión, derecho de petición ante el Parlamento Europeo y de acceso al Defensor del Pueblo Europeo, la libertad de circulación y residencia, el derecho a la asistencia

(52) CALLIES, C.: "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit," *Europarechtliche Zeitschrift für Wirts-*

*chäftsrecht* 2001, pp. 261-268, en particular p. 265.

diplomática y consular. De nuevo cuño resulta el derecho a una buena administración, si bien ya se había ido fraguando a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>53</sup>. Sobre estos derechos podría plantearse, en efecto, si resulta realmente adecuado su inclusión en la Carta, dado que titulares de estos derechos son únicamente quienes ostentan la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, esto es, la ciudadanía de la Unión.

Por último se regulan los derechos de la *Justicia* (cap. VI, arts. 47 a 50) de tutela judicial efectiva, derecho a un juez imparcial predeterminedo por la ley, la presunción de inocencia y los derechos de defensa, así como los principios de legalidad, *ne bis in idem* y proporcionalidad de los delitos y las penas.

Sobre este amplio contenido material recogido en los seis primeros capítulos de la Carta se ha apreciado por la doctrina una cierta “tendencia a la profusión de contenidos y heterogeneidad” en las regulaciones<sup>54</sup> que efectivamente en algunos supuestos como en el caso de los derechos de Solidaridad puede, a nuestro juicio, restar unidad y coherencia al conjunto resultante.

Para completar este variado contenido material, la Carta se cierra con unas disposiciones horizontales (cap. VII, arts. 51 a 54) en las que, entre otras cuestiones, se determina el alcance jurídico de la Carta y el nivel de protección de los derechos y la prohibición del abuso de derecho. Se circunscribe *intuitu personae* a las instituciones comunitarias y a los Estados en cuanto actúen en el marco del Derecho Comunitario (art. 51) y se establece *intuitu materiae* que cualquier limitación se debe establecer por ley y deberá respetar en todo caso el contenido esencial de los derechos y las libertades (art. 52). Igualmente recoge la polémica referencia a la cuestión del nivel de protección (art. 53) respecto a la que se ha desencadenado una compleja discusión a propósito de su posible afectación principio de primacía del Derecho Comunitario Europeo. Más en concreto a propósito de la posibilidad de que esta disposición desate un cambio de actitud en la posición de los tribunales nacionales al enfrentarse al principio de primacía<sup>55</sup>.

(53) Para un estudio de esta jurisprudencia véase la *Nota del Presidium*, CHARTE 4473/00 de 11 de octubre de 2000. Cfr. igualmente en el Derecho Comunitario en vigor los actuales artículos 21 (derecho a dirigirse a la administración en alguna de las lenguas oficiales), 253 (obligación de motivar) y 288 TCE (reparación de daños).

(54) Así se pronuncia, por ejemplo, LOPEZ CASTILLO, A.: *loc. cit.* (“Algunas consideraciones...”), pp. 47, 54 y 57.

(55) *Vid. infra* IV,1, c.

Y es precisamente en este marco donde encuentra acomodo una de las cuestiones más polémicas en torno a la Carta, a saber, su valor jurídico.

### 3. Naturaleza jurídica y valor jurídico de la Carta

La Carta se trata simplemente de una declaración formal solemnemente proclamada. No se ha incluido, por tanto, en los Tratados, ni en su texto ni como un protocolo anexo. Ni siquiera el artículo 6.2 TUE, al referirse como ya se ha visto al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, cita la Carta lo que, como mínimo, puede calificarse como sorprendente. La causa de tal situación puede ser situada sin excesivo riesgo de equivocación en el temor de algunos Estados a que en caso de resultar vinculante la Carta el Tribunal de Justicia pudiese llegar a controlar normas estrictamente nacionales. Ciertamente, cabría aducir ante este temor el tenor literal del artículo 51 de la Carta según el cual la obligación de respetar los derechos fundamentales establecidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados cuando actúe en aplicación del Derecho de la Unión. Pero, en realidad, tampoco resulta especialmente difícil encontrar supuestos en los que cada vez resulta más complejo distinguir nítidamente entre normas nacionales de aplicación de una norma comunitaria y normas de exclusivo carácter nacional. Tampoco resulta descabellado pensar en el supuesto de un carácter vinculante de la Carta en una inclusión del deber de respetar los derechos en ella recogidos como un deber incluido dentro del principio de cooperación leal (o de lealtad comunitaria) del artículo 10 TCE y frente al que en un futuro cupiese v.gr. un recurso de incumplimiento contra un Estado que violara alguno de los derechos recogidos en la Carta.

Cuestión más arriesgada es tratar de ver en el carácter no vinculante de la Carta una manifestación más del disenso existente entre los Estados sobre la finalidad (última) del proceso de integración y sobre el contenido del modelo mismo de integración, si bien parece claro que en el plano de lo simbólico y de lo político emite a la ciudadanía una señal bastante negativa. Y en el plano de lo jurídico se sitúa bastante atrás respecto al grado de protección jurídica concedida por el Tribunal de Justicia a buena parte de los derechos recogidos en la Carta<sup>56</sup>.

(56) Especialmente duro en su valoración a propósito de estas cuestiones se muestra PACHE, E.: "Die Europäische Grundrechtscharta — ein Rückschritt für den Grun-

drechtsschutz in Europa?", *Europarecht* 2001, pp. 475-494, especialmente pp. 486-487.

En cualquier caso, la Carta carece *stricto sensu* de un valor jurídico formalmente vinculante. Con todo, esta ausencia de valor jurídico vinculante en modo alguno quiere significar que no tenga efectos jurídicos<sup>57</sup>. Aunque obviamente el destino final y sede natural del texto pueda ser el articulado de los tratados, no se debe magnificar, a nuestro juicio, esta falta de valor jurídicamente vinculante. En primer lugar, porque quizá convenga recordar que la propia Declaración de derechos humanos de 1948 tampoco era *stricto sensu* un documento jurídicamente vinculante que pudiera ser invocado por los particulares, ni tampoco era un tratado internacional que pudiese ser invocado por un Estado frente a otro. Sin embargo, con el tiempo su contenido se ha convertido en normas imperativas de Derecho Internacional<sup>58</sup>. En segundo lugar, la Carta fue elaborada "como si" de hecho fuera a resultar jurídicamente vinculante<sup>59</sup>, lo que técnicamente facilita su futura inserción en los tratados. Y lo que es, de momento más importante, facilita que las instituciones actúen también "como si" fuera vinculante y la tengan presente en sus actuaciones. Así, la Comisión<sup>60</sup> y el Parlamento Europeo se han comprometido, de manera congruente con lo mantenido a lo largo del proceso de elaboración, a tenerla en cuenta en las exposiciones motivos de las propuestas de normas comunitarias<sup>61</sup>. Por su parte, en el Tribunal de Justicia los Abogados Generales la han considera-

(57) Véase, por todos, CARRILLO SALCEDO, J.A.: *loc. cit.* ("Notas sobre el significado ..."), p. 18; FERNANDEZ TOMAS, A.: *loc. cit.* ("La Carta de Derechos Fundamentales..."), p. 19.

(58) Recuérdesse que el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction* incluyó dentro de las normas de *ius cogens* "la prohibición de los actos de agresión, del genocidio y los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana". Para ello se basó en el argumento de que son "obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto" (obligaciones *erga omnes*); *CII, Reports* 1970, 23.

(59) Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *loc. cit.* ("Notas sobre el significado..."), p. 14.

(60) Véase la comunicación al respecto, SEC (2001) 380 de 13.3.2001, p. 3.

(61) Así lo hicieron, por ejemplo, sus presidentes ante la prensa tras la proclamación de la Carta en Niza. Resulta curioso a este respecto que la presidencia del Consejo (Francia) no considerase pertinente en el acto solemne de proclamación que el Presidente de la Comisión (Romano PRODI) y la Presidenta del Parlamento Europeo (Nicole FONTAINE) leyesen los discursos que, por otro lado, llevaban preparados; pueden leerse en IP/00/1423 de 7.12.2000 (Comisión) y en [http://www.europarl.eu.int/summits/nice-press\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/summits/nice-press_en.htm) y en <http://www.presidence-europe.fr/pfue/static/acces3.htm> (Parlamento Europeo). El Presidente Jacques Chirac, por su parte, se pronunció en su comparecencia ante al Parlamento Europeo el 12 de diciembre de 2000 de manera mucho más prudente, limitándose a subra-

yar el "valor político" de la Carta.

do ya en varias ocasiones como criterio interpretativo<sup>62</sup>. Algún Abogado General, concretamente el que fue observador del Tribunal de Justicia en la *convención*, ha propugnado a título personal y dentro del ámbito doctrinal que el Tribunal de Justicia considere en su jurisprudencia la Carta, de manera que su cita sirva de base para una futura ampliación del artículo 6 TUE o para la misma inclusión de un articulado propio<sup>63</sup>. Lo cierto, en todo caso, es que el Tribunal de Justicia no se hizo eco en sus sentencias de las propuestas de sus abogados generales. Con todo, resulta más difícil que el Tribunal de Justicia pueda eludir pronunciarse al respecto cuando resuelva la cuestión prejudicial que el 22 de junio del 2001 le planteó un tribunal austríaco en la que directamente pregunta por la compatibilidad de las directivas 60/141 y 78/660 que obliga a la publicidad de los balances anuales de las empresas con los derechos recogidos en la Carta, fundamentalmente con el derecho de protección de datos<sup>64</sup>.

En el plano nacional español, aunque sea a título anecdótico, puede señalarse que el propio Tribunal Constitucional español, no especialmente proclive hasta el momento a una interpretación especialmente condescendiente con un Derecho Comunitario que en alguna ocasión lo ha considerado *infraconstitucional*, hizo referencia al contenido de la Carta en un sentencia de 30 de noviembre de 2000<sup>65</sup>, es decir, incluso antes de que se proclamara solemnemente en diciembre de 2000.

(62) Véase, por ejemplo, AG Siegbert ALBERT, conclusiones de 1 de febrero de 2001, TNT *Traco SpA*, (C-340/99), apartado 94 (cita el artículo 36 de la Carta); AG A. TIZZANO, conclusiones de 8 de febrero de 2001, BECTU vs. *Secretary of State for Trade and Industrie* (C-173/99), apartados 26-28 (cita el artículo 31.2 de la Carta); AG Jean MISCHO, conclusiones presentadas el 22 de febrero de 2001, *D/Consejo* (C-122/99P y C-125/99P), apartado 95 (cita el artículo 9 de la Carta); AG F.G. JACOBS, conclusiones presentadas el 22 de marzo de 2001, *Z/Parlamento Europeo* (C-270/99P), apartado 40; AG F.G. JACOBS, conclusiones presentadas el 14 de junio de 2001, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98), apartados 197 y 210 (cita el artículo 3.2 de la Carta); AG STIX-HACKL, conclusiones presentadas el 31 de mayo de 2001, *Comisión/Italia* (C-49/00), apartado 57, nota 11 (cita el artículo 31.1 de la Carta). Ninguna de ellas ha sido publicadas todavía en la *Recopilación oficial*.

(63) "Es wäre also reizvoll, die Charta in künftigen urteilen ebenfalls —zumindest sinngemäß— so zu erwähnen, dass diese zitate eine Formulierungshilfe für eine spätere Erweiterung des Artikels 6 EU-Vertrag wären oder als Grundlage für einen eigenen Artikel dienen könnten"; ALBERT, S.: "Die Selbstbindung der europäischen Organe an die Europäische Charta der Grundrechte", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2001, pp. 349-353, en p. 349.

(64) Asunto C-248/01 *Hermann Pfanner Getränke GmbH*.

(65) Véase STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ponente: GONZALEZ CAMPOS), FJ 8, concretamente a propósito del artículo 8 sobre protección de datos; <http://www.tribunalconstitucional.es/STC2000/STC2000-292.htm>. Cfr. igualmente el voto particular del Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA de la misma fecha a la sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 201/1993, 219/1993,

226/1993 y 236/1993, apartado 3 *in fine*.

La Carta supone, en suma, como ha afirmado CARRILLO SALCEDO, "un eslabón más en un cadena"<sup>66</sup> que acaso se completará en la (ambiciosa) CIG'2004 con su inclusión en los tratados. De momento perviven, por tanto, algunos de los problemas jurídicos clásicos que desde hace décadas se han planteado en torno a esta materia y que, a nuestro juicio, tampoco quedarían totalmente solventadas por el mero hecho de una futura inserción de la Carta en los Tratados constitutivos, básicamente los problemas jurídicos que planteará en todo caso la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados, así como la opción (a nuestro juicio aún recomendable) de la adhesión al CEDH.

#### IV. CUESTIONES PENDIENTES Y PERSPECTIVAS FUTURAS.

##### 1. La inserción de la Carta en los Tratados: pro y contra.

La proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales no supone, en efecto, la desaparición de la principal dialéctica existente anteriormente. Así, pervive la controvertida cuestión sobre la pertinencia de introducir definitivamente en los Tratados, al estilo de las constituciones clásicas, éste (u otro) catálogo concreto de derechos fundamentales. No se trata, en absoluto, de una cuestión nueva, pues tanto el Parlamento Europeo<sup>67</sup> como la propia CIG'96<sup>68</sup> la plantearon ya antes con toda rotundidad<sup>69</sup>. Pero obviamente la Declaración 23 del Tratado de Niza y el debate que ha desencadenado la naturaleza jurídica de la citada Carta y su posible inclusión futura en los tratados ha reavivado tal discusión.

Las ventajas de un catálogo dentro de los tratados son *prima facie* obvias y han sido subrayadas con reiteración por la doctrina: visualización de los derechos, refuerzo de la dimensión constitucio-

(66) CARRILLO SALCEDO, J.A.: *loc. cit.* ("Notas sobre el ..."), p. 18.

(67) *Declaración del Parlamento Europeo sobre los derechos y libertades fundamentales* de 12 de abril de 1989, DOCE C120 de 16.5.1989, p. 51.

(68) *Vid. La Conferencia Intergubernamental de 1996-Bases para una reflexión, cit.*, p. 86, donde hablaba de un catálogo que recogería "todos aquellos derechos considerados como básicos en el acervo comunitario, que quedarían protegidos tanto por las Instituciones de la Unión como por las de los países miembros, concretamente a través de una estrecha cooperación entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales nacionales".

(69) Sobre el estado de la cuestión antes de la CIG'2000, BROWNE-WILKINSON,; "The Incorporation of a Bill of Rights", *Public Law* 1992, p. 397 y ss.; HILF, M.: "Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft", *Europarecht* 1991, pp. 19-30; LENAERTS, K.: "Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue", *Euro-*

*pean Law Review* 1991, p. 367-390.

nal de los tratados, mayor transparencia y acercamiento del fenómeno de integración comunitaria al ciudadano, etc<sup>70</sup>. Sin embargo, se plantean a renglón seguido problemas jurídicos no menos evidentes. En primer lugar, la determinación del abanico de opciones entre las que deberá escoger la CIG'2004. En segundo lugar, se plantea la cuestión de qué derechos incluir en el catálogo que fuera jurídicamente vinculante, ya que, pese a que inicialmente la respuesta conduzca hacia el actual contenido de la Carta, no todos los derechos contenidos en la misma son derechos humanos en sentido estricto (también hay derechos de ciudadanía) ni todos los derechos contenidos en la misma son "comunes" a todos los ordenamientos jurídicos, ni todos los Estados aceptan sobrepasar el ámbito civil y político de la CEDH para entrar en el de los otros derechos, por ejemplo, los de carácter económico y social.

Una tercera cuestión es la del estándar de protección que se pretende adoptar ¿sería el más alto, como parecía intuirse en la sentencia *Nold*<sup>71</sup>, un estándar mínimo, como reclaman algunos Estados en relación a determinados derechos, o se remitiría a los ordenamientos jurídicos internos, como aparentemente insinuaba la sentencia *Hoechst*<sup>72</sup>?. Dentro de esta polémica sobresale con especial énfasis la (falsa) polémica sobre la posibilidad de que la formulación de algunas de las disposiciones de la Carta (art. 53) representa una amenaza al "intocable" principio de primacía del Derecho Comunitario. Por último, una cuarta cuestión es la relativa a los límites de los derechos fundamentales.

(70) Por ejemplo, FERNANDEZ TOMAS habla de necesidad de una *glasnost* (transparencia) y una *perestroika* (renovación) en la materia; *loc. cit.* ("La Carta de..."), p. 17.

(71) Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold* (4/73, cit.). Ciertamente, no parece que sea este el criterio seguido después por el Tribunal de Justicia. Como afirmó en el asunto *Hauer*, en el que se dilucidaba el alcance de los derechos de propiedad y de libertad de empresa, la cuestión de una posible violación derechos fundamentales por un acto de las instituciones comunitarias sólo puede ser juzgado a la luz del propio Derecho Comunitario. Si se introdujeran los criterios de un Estado particular, aunque fueran los del standard más alto (en este caso los del Derecho alemán) dañaría la unidad material y la eficacia del Derecho Comunitario, podría romper la unidad del mercado común y podría poner en peligro la cohesión de la Comunidad; sentencia de 13 de diciembre de 1979 *Hauer* (44/79, Rec., p. 3727), apartado 14. Tampoco lo siguió, obviamente, en el controvertido asunto *Grogan* del aborto, donde aceptar el nivel máximo de protección, en este caso el proporcionado por el ordenamiento jurídico irlandés al concebido y no nacido, hubiera colisionado indefectiblemente con otros derechos reconocidos en otros Estados (ej. el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo); sentencia de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan* (C-159/90, Rec., p. I- 4685). Véase al respecto BESSELINK, L.F.M.: "Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union", *Common Market Law Review* 1998, pp. 629-680.

(72) Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, Rec., p. 2859).

*a) Las opciones de la CIG'2004*

Ciertamente no parece esta sede la más adecuada para profundizar en las opciones entre las que habrá de decantarse la CIG'2004 a partir del mandato de la Declaración núm. 23. Nos limitaremos únicamente a reseñarlas. A nuestro juicio, tres son las opciones básicas. La primera y más modesta sería incluir una referencia a la Carta en el artículo 6.2 TUE a la vez que su texto se recogería en un anexo al Tratado o, en su caso, perviviría como un documento (jurídico) separado. La segunda posibilidad sería incluir las disposiciones de la Carta (todas o, en su caso, parte de ellas) en el texto mismo de los tratados como una de las partes integrantes de la *norma normarum* de la Unión. Y la tercera posibilidad, y menos probable de todas, sería la atribución a la Unión (o a las Comunidades Europeas) de competencia suficiente para adoptar en calidad de Derecho derivado (los) derechos fundamentales recogidos en la Carta, de manera que la Unión (o la Comunidad Europea) se dotaría de la base legal suficiente que el dictamen 2/94 negó que exista actualmente; se trataría, en suma, de atribuir a la Unión los instrumentos jurídicos necesarios para dotarse de una auténtica política propia de derechos fundamentales.

Fuera ya del mandato literal de la Declaración núm. 23, pero dentro de las posibilidades a barajar, figuraría por supuesto la siempre presente aspiración a una adhesión de la Unión (o las Comunidades) al CEDH. Posibilidad ésta que, a nuestro juicio, lejos de perder interés con la Carta debería ser tenida muy en cuenta a la luz de los serios obstáculos jurídicos que planteará el intento de una plena juridización de la Carta.

*b) Determinación de los derechos a incluir en el catálogo*

La segunda cuestión, la de la determinación de los derechos a incluir, posee una dimensión: jurídica y política. Desde la dimensión estrictamente jurídica parece una exigencia de mínimos incluir en el catálogo al menos todos los derechos de naturaleza civil y política ya amparados por la jurisprudencia del TJCE<sup>73</sup> pues de lo contrario significaría un paso atrás en la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea. Básicamente, se trata del principio de tratamiento igual<sup>74</sup>, el derecho a tutela judicial

(73) *Vid. supra.*

(74) Sentencia de 19 de octubre 1977, *Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg* (117/76 y 16/77, *Rec.*, p. 1753), apartado 7. Su formulación jurisprudencial, a pesar de sus muy diversas manifestaciones, es bien sencilla: este principio requiere que situaciones similares no sean tratadas de manera diferente salvo que la diferenciación esté justificada por causas objetivas; véase LENAERTS, K.: "L'égalité de traitement en droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de Droit Européen* 1991, pp. 3-41.

efectiva<sup>75</sup>, incluyendo como concreción del mismo el derecho a ser oído<sup>76</sup>, el derecho a no declarar contra sí mismo<sup>77</sup>, el derecho de defensa<sup>78</sup> o el derecho a un recurso de naturaleza jurisdiccional<sup>79</sup>, el principio de irretroactividad de las disposiciones penales (art. 7 CEDH)<sup>80</sup>, el respeto a la vida privada<sup>81</sup> y familiar<sup>82</sup> (art. 8 CEDH) –con todas sus ramificaciones y manifestaciones (confidencialidad médica<sup>83</sup>, inviolabilidad del domicilio<sup>84</sup> y de la correspondencia<sup>85</sup>, etc.)– la libertad religiosa (art. 9 CEDH)<sup>86</sup>, la libertad de expresión (art. 10 CEDH)<sup>87</sup>, el derecho de asociación (art. 11 CEDH), particularmente, sindical<sup>88</sup>, el derecho de propiedad (art. 1 del protocolo primero al CEDH)<sup>89</sup>, libertad de empresa y profesión<sup>90</sup>, libertad

(75) Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apartado 18; sentencia de 22 de septiembre 1998, *Coote* (C-185/97, *Rec.*, p. I- 5199), apartados 20 a 22.

(76) Sentencia de 5 de mayo 1980, *Josette Pecasting* (98/79, *Rec.*, p. 691), apartados 21 y 22.

(77) Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem* (374/87, *Rec.*, p. 3283), apartados 18, 30 y 31. En esta sentencia, además del CEDH, se hace referencia explícita al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (apartados 18 y 31); véase igualmente sentencia de 18 de octubre de 1990, *Dzodi* (C-297/88 y C-197/89, *Rec.*, p. I-3763), apartado 68; *vid. infra*.

(78) Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (85/76, *Rec.*, p. 461), apartado 9.

(79) Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apartado 19.

(80) Sentencia de 12 de diciembre 1997, *Procedimiento penal contra X* (C-74/95 y C-129/95, *Rec.*, p. I- 6609), apartado 25.

(81) Sentencia de 8 de noviembre 1983, *Comisión/Reino Unido* (165/82, *Rec.*, p. 3431), apartado 13.

(82) Sentencia de 18 de mayo 1989, *Comisión/Alemania* (249/86, *Rec.*, p. 1263), apartado 10.

(83) Sentencia de 8 de abril 1992 *Comisión/Alemania* (C-62/90, *Rec.*, p. I- 2575), apartado 23.

(84) Sentencia de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, *cit.*), apartado 18. No cubre el domicilio empresarial.

(85) Sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic* (136/79, *Rec.*, p. 2033).

(86) Sentencia de 27 de octubre 1976, *Prais/Consejo* (130/75, *Rec.*, p. 1589), apartados 6-18.

(87) De las abundantes sentencias que lo recogen puede entresacarse, entre las más recientes, la de 5 de octubre 1994, *TV 10* (C-23/93, *Rec.*, p. I- 4795), apartados 23 a 25; sentencia de 26 de junio 1997, *Familienpress* (C-368/95, *Rec.*, p. I- 3689), apartado 18 y 25 y ss.

(88) Sentencia de 15 de diciembre 1995, *Bosman* (C-415/93, *Rec.*, p. I- 4921), apartado 79.

(89) Sentencia de 13 de diciembre 1979, *Hauer* (44/79, *cit.*), apartados 17-30. Aunque sin referencia explícita al protocolo, *vid.* sentencia de 5 de octubre 1994 *Alemania/Consejo* (C-280/93, *Rec.*, p. I- 4973), apartados 77-80.

(90) Sentencia de 27 de septiembre 1979, *Eridania* (230/78, *Rec.*, p. 2749), apartados 20-22. Este derecho ha sido considerado frecuentemente de manera conjunta al de propiedad; por ejemplo en sentencia de 13 de diciembre 1979, *Hauer*, (44/79, *cit.*).

de residencia (art. 2 de protocolo cuarto al CEDH)<sup>91</sup>, etc.

Desde una dimensión si se quiere más política, pero de evidente repercusión jurídica, se plantea igualmente la posibilidad de ampliar este catálogo de derechos fundamentales con los otros derechos nuevos que recoge la Carta, en especial los de naturaleza económica y social o los relativos a la nueva bioética. Los últimos citados no parece que puedan presentar dificultades serias ya que no parece especialmente difícil lograr el pertinente consenso político para su inserción. Muy diferente resulta, empero, la situación respecto a los derechos sociales ya que es bien sabido que su eventual inclusión en los Tratados con carácter vinculante chocaría en algunos Estados miembros con muy serias resistencias. Y no sólo por la propia controversia política sobre la pertinencia de este tipo de derechos de segunda generación, sino también por planteamientos de naturaleza estrictamente jurídica.

A este propósito basta recordar, aunque sea de modo sucinto, la enorme polémica mediática y doctrinal que se planteó en el Reino Unido cuando el 2 de octubre de 2000 entró en vigor la denominada *Human Rights Act* de 1998, la cual, procedió a convertir conforme a su sistema dualista en Derecho nacional el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que había sido ratificado 47 años antes (el 8 de marzo de 1951 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953). A cualquiera que lea las valoraciones de la doctrina constitucionalista británica a propósito de esta norma nacional o escuche las explicaciones que un sector mayoritario de los profesores universitarios británicos hacen de ella en sus aulas<sup>92</sup>, le resultará fácil anunciar serias dificultades para que la CIG'2004 logre convertir la Carta (tal y como está formulada actualmente) en parte integrante de los tratados. Al menos resultará difícil que sea así aceptada por *todos* los Estados miembros.

(91) Sentencia de 28 de octubre 1975, *Rutili* (36/75, *Rec.*, p. 1219), apartado 32.

(92) Véase a título de ejemplo, WOOLF, H.: "The Human Rights Act 1998 and Remedies", en AAVV, *Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, 2001, pp. 429-436.

*c) La determinación del estándar de protección*

La tercera cuestión, la del estándar de protección de esos derechos, es a nuestro entender en extremo problemática y frecuentemente ignorada por la doctrina. La reacción natural e idealista, como en un principio parecía intuirse en la titubeante jurisprudencia inicial del TJCE, sería la de inclinarse en general por un *standard* alto, por un nivel maximalista<sup>93</sup>.

La práctica ha demostrado, empero, que esta posición maximalista, además de políticamente controvertida (por no decir imposible en muchos casos, especialmente si se acogen derechos sociales y económicos), puede plantear en algunos supuestos importantes distorsiones al mercado común. No es, pues de extrañar que la práctica no haya sido acogida por el Tribunal de Justicia. Sirvan como muestra dos ejemplos. Si en el asunto *Hauer* se hubiera aceptado el nivel alemán (alto) de protección del derecho de propiedad o en el asunto *Grogan* el (igualmente alto) nivel irlandés de protección de los derechos del concebido y no nacido, aparte de imponer al resto de Estados una filosofía de los derechos fundamentales muy peculiar y propia de los respectivos Estados, se estaría dañando incluso la unidad sustancial y la eficacia del propio Derecho Comunitario. Ello conduciría inevitablemente a la destrucción de la unidad del mercado común poniendo en peligro además la propia existencia de la Comunidad<sup>94</sup>, sea la política agrícola común, la libertad de prestación de servicios o cualquier otra<sup>95</sup>.

La Carta, por su parte, dedica dos preceptos a la cuestión del estándar. Por un lado, el artículo 52.3 prevé en su primer inciso que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiera dicho Convenio”. Sin embargo, en su segundo inciso precisa que “esta disposición no

(93) BESSELINK: “Entrapped by the Maximun Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union”, *Commom Market Law Review* 1998, pp. 629-680; cfr. igualmente LIÑAN NOGUERAS, D.J. “Derechos y libertades fundamentales en la Unión Europea”, en MANGAS MARTIN, A./LIÑAN NOGUERAS, D.J. MANGAS MARTIN, A./LIÑAN NOGUERAS, J.D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, 2ª ed., Madrid, 1999 pp. 293-305, en particular p. 302.

(94) Sentencia de 13 de diciembre 1979, *Hauer* (44/79, cit.), apartado 14.

(95) Véase al respecto, *in extenso*, WEILER, J.H.H.: *loc. cit.* (“Fundamental Rights...”), pp. 107-116.

impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Por otro lado, el artículo 53 bajo la rúbrica de “nivel de protección” fija con cierta imprecisión que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

De estas disposiciones parece deducirse que el suelo de la protección o el estándar mínimo se sitúa, en primer lugar, en el CEDH. Más problemática son, sin embargo, las referencias del artículo 53 al Derecho de la Unión, de los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros y, sobre todo, la referencia a “las constituciones de los Estados miembros”.

Muchas son las reflexiones que han levantado estas disposiciones, particularmente las recogidas en el artículo 53<sup>96</sup>. De entre todas ellas nos interesa rebatir particularmente la posición mantenida por quienes sostienen que la imposibilidad de interpretar una disposición de la Carta de forma limitativa o lesiva de los derechos reconocidos “por las constituciones de los Estados miembros” abre las puertas “a la posibilidad de fisuras en el principio de primacía del Derecho Comunitario”. Concretamente, “cuando, estando en juego derechos fundamentales, éstos reciban un nivel superior de protección por las Constituciones nacionales”<sup>97</sup>. O quienes, desde posiciones más matizadas, estiman que este principio del estándar mínimo “peut à l’avenir être un élément dans le débat sur l’articulation entre droit communautaire/droit de l’Union et droit constitutionnel national”<sup>98</sup>. Consideramos que tal riesgo derivado de la formulación del artículo 53 es inexistente. O mejor dicho, del artículo 53 de la Carta en caso de que ésta resultara en el futuro jurídicamente vinculante. Y ello por tres motivos.

(96) Véase, por todos, el excelente trabajo de LIESBERG, J.B: “Does the EU-Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?”, *Common Market Law Review* 2001, pp. 1171-1199, especialmente pp. 1189-1196.

(97) ALONSO GARCÍA, R.: *loc. cit.* (“La Carta de...”), p. 15; respaldado igualmente por LOPEZ CASTILLO, A.: *loc. cit.* (“Algunas consideraciones...”), p. 68.

(98) DUTHEIL DE LA ROCHÈRE: “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Revue de Marché Commun* 2000, pp. 678-679.

En primer lugar, el análisis histórico y teleológico del artículo 53 muestra a las claras que en modo alguno era esa la intención del legislador. Ciertamente, la discusión de este precepto fue intensa en el seno de la convención pero su referente fue en todo momento la relación entre la Carta y el CEDH en lo relativo al nivel de protección y siempre se centró en la concepción del CEDH como el estándar mínimo que impidiera una interpretación que supusiese un retroceso respecto al estándar del CEDH. En este contexto surgió, en conexión con otros preceptos, la conveniencia de introducir en consonancia a lo ya recogido en el artículo 6.2 TUE una referencia a las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”<sup>99</sup>. Otros propugnaban sustituir la referencia a las constituciones de los Estados miembros por una remisión más amplia al “Derecho de los Estados miembros”. Sí parece con todo, evidente que la intención de todos en el seno de la convención no era precisamente poner en duda el principio de primacía del Derecho Comunitario. De hecho, ninguno de los representantes de las instituciones comunitarias presentes hizo siquiera referencia a tal posibilidad. Más bien perseguía el objetivo de evitar que la Carta exigiese reformas en los sistemas constitucionales nacionales de protección de los derechos fundamentales<sup>100</sup>. En suma, la redacción del artículo 53 no persigue relativizar el principio de primacía del Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales. Ni se trató tal posibilidad ni afloró en ningún momento como tal problema.

En segundo lugar, desde la perspectiva jurídica comparada parece evidente que el artículo 53 de la Carta se inspira en el artículo 53 del CEDH y, en menor medida, en el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la novena enmienda a la Constitución norteamericana. Común a todos ellos es su muy escaso significado jurídico práctico. En concreto su escasa invocación por los particulares y su más escasa todavía referencia expresa a ellos en las sentencias: tan sólo tres sentencias del TEDH se refieren al artículo 53<sup>101</sup>; prácticamente nunca se ha invocado

(99) Así entre las más de 1000 propuestas escritas presentadas por los miembros de la convención en julio de 2000 en respuesta a la invitación hecha por el *Presidium* destacaban las sostenidas por representantes del Parlamento Europeo y por el gobierno belga en este sentido.

(100) Véase *in extenso* sobre esta cuestión LIISBERG, J.B: *loc. cit.* (“Does the EU Charter...”), p. 1179.

(101) *Ib.* p. 1185.

ante el Comité de Naciones Unidas de DDHH y nunca se ha invocado la novena enmienda ante el Tribunal Supremo norteamericano para modificar la supremacía del Derecho federal sobre las normas de derechos fundamentales recogidas en las Constituciones de los Estados federados<sup>102</sup>. Más relevante aún a los efectos de nuestra argumentación es que los individuos no pueden en modo alguno invocar el artículo 53 CEDH para respaldar la argumentación de que sus derechos hayan sido violados por el Derecho nacional (o en su caso por otros convenios internacionales) y en el supuesto de hacerlo se rechazaría por resultar incompatibles *ratione materiae* con el CEDH (art. 35.3 CEDH).

En tercer lugar, y aún más importante, desde una interpretación sistemática de la Carta su artículo 51 deja en otro orden de cosas bien sentado que la Carta “no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los tratados”. Dicho claramente, la Carta —por tanto, tampoco su artículo 53— de la misma manera que no afecta para nada a las competencias (exclusivas) propias de los Estados miembros tampoco puede ser utilizada para modificar el sistema comunitario creado por los tratados a partir de las competencias (exclusivas o compartidas) que se encomiendan a la Comunidad. Y parece claro que el principio de primacía es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta todo el sistema comunitario<sup>103</sup>.

En suma, desde la perspectiva histórico-teleológica, desde la perspectiva del Derecho comparado, desde la perspectiva sistemática de la Carta e incluso desde un análisis político resulta infundado pensar que el principio de primacía del Derecho Comunitario pueda encontrar fisuras cuando, caso de llegar a resultar la Carta jurídicamente vinculante, un derecho fundamental reciba un nivel superior de protección por las Constituciones nacionales. Es más, el artículo 53 de la Carta no puede servir en modo alguno de base jurídica para permitir que tribunales nacionales declaren inaplicable una medida comunitaria porque contravenga la Constitución de ese Estado miembro. Como tampoco el Tribunal de Justicia puede aplicar normas constitucionales nacionales.

(102) *Ib.* p. 1194.

(103) Sobre esta cuestión véase MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J.: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1997, especialmente pp. 77-83.

d) *La cuestión de los límites de los derechos fundamentales*

Desde otro punto de vista, también hermanado con la cuestión del estándar de protección, es bien conocido que una de las cuestiones más delicadas a propósito de la protección de los derechos es la relativa a los límites de los derechos fundamentales. Desde la perspectiva *dogmática*, fuera de la doctrina constitucional alemana, sigue siendo un auténtico reto la elaboración de una verdadera teoría general sobre los límites de los derechos fundamentales. Desde la perspectiva práctica también los tribunales, sean constitucionales o internacionales, encuentran dificultades para construir un cuerpo jurisprudencial sobre los límites de los derechos fundamentales que supere el particularismo de cada caso concreto. Y especialmente problemática le ha resultado esta labor al Tribunal de Justicia.

Frecuentemente el Tribunal de Justicia no diferencia de manera precisa entre ámbito de protección y límites de los derechos fundamentales de manera que también emplea como límites principios generales del Derecho Comunitario como el interés general o la estructura o fines de la Comunidad. Y al controlar la violación de un derecho fundamental examina el respeto del contenido esencial del derecho en cuestión y del principio de proporcionalidad<sup>104</sup>. Pero lo hace desde la total ausencia de una “dogmática” propia sobre los límites de los derechos fundamentales –al menos, no formulada explícitamente en sus sentencias– de manera que, especialmente desde la perspectiva de la doctrina de cuño germánico, más que un crítica a los derechos fundamentales en sí, protegidos vía jurisprudencial, existe una crítica a la insuficiente profundización dogmática del Tribunal de Justicia en el examen de la justificación de una eventual injerencia (o violación) en el ámbito de un derecho fundamental<sup>105</sup>.

Precisamente por ello sorprende aún más la fórmula dada a los derechos recogidos en la Carta. Ciertamente, es loable el objetivo de claridad, concisión y precisión perseguidos durante su elaboración. Pero desde la perspectiva técnico-jurídica que debe inspirar

(104) Cfr., por ejemplo, sentencia de 13 de abril de 2000, *Kjell Karlsson* (C-292/97), apartado 45.

(105) Véase PACHE, E.: *loc. cit.* ("Die Europäische Grundrechtscharta..."), p. 488. Cfr. igualmente MAGIERA, S.: "Die Grundrechtscharta der Europäischen Union", *Die Öffentliche Verwaltung* 2000, pp. 1017-1027, especialmente p. 1022.

este análisis, especialmente en el supuesto de que llegara a incluirse la Carta como un catálogo de derechos fundamentales dentro de los Tratados, resulta realmente sorprendente que se renuncie a toda referencia explícita a los límites (específicos) al formular cada derecho fundamental. En lugar de ello, dentro de las disposiciones horizontales o generales (capítulo 7) se recoge una única norma sobre los límites para todo el conjunto de la Carta, el artículo 52<sup>106</sup>. Así, en virtud de ella cualquier limitación se deberá establecer por ley habrá de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades respectivos, así como el principio de proporcionalidad, siempre que, en todo caso, la limitación resulte necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1). Algo más positiva, aunque tampoco totalmente satisfactoria, resulta la remisión a las condiciones y límites previstos en los tratados (art. 52.2). Con todo, la remisión más relevante resulta en la práctica la realizada al establecerse, como ya se ha señalado anteriormente, que el alcance de la limitación de los derechos fundamentales será el mismo que se prevea en el CEDH (art. 52.3), cuyo desarrollo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta bastante más completo y perfeccionado que el realizado por el Tribunal de Justicia comunitario.

Con ello se manifiesta, una vez más, una dificultad (jurídica) añadida para la inclusión de la Carta en los tratados.

#### *e) El lenguaje de la Carta*

Los preceptos de la Carta están redactados de forma clara y comprensible. Son concisos; de hecho salvo el artículo 41 sobre el derecho a una buena administración ningún otro precepto tiene más de tres apartados, lo cual contrasta sobremanera con el opaco y enrevesado articulado de los tratados constitutivos. Emplea además un lenguaje sencillo y directo que contribuye al objetivo de hacer los derechos fundamentales visibles para el ciudadano.

Esta formulación puede ser un mérito en una declaración de naturaleza eminentemente política. Pero si se aspira a convertir la

(106) PACHE, E.: *loc. cit.* ("Die Europäische Grundrechtscharta..."), p. 489; MAGIERA, S.: *loc. cit.* ("Die Europäische Grundrechtcharta..."), p. 1026.

Carta en jurídicamente vinculante, ésta podría carecer de la precisión jurídica exigible a un texto de esa naturaleza. Por poner un único ejemplo que no ha pasado desapercibido a la doctrina, la Carta renuncia por completo a establecer límites de carácter particular al formular cada derecho en favor de una única disposición horizontal (art. 52)<sup>107</sup>.

## 2. La adhesión al CEDH: una opción (aún) recomendable

Todo este elenco de problemas jurídicos que conlleva la opción de la Carta de Derechos Fundamentales nos hacen aflorar, en efecto, serias dudas –aun siendo conscientes de “ir contra la corriente general”– sobre la pertinencia de incluir un catálogo de derechos en el Tratado. De ahí que, pese a que la opción de la Carta sea una realidad, nos parezca pertinente plantearnos, como WEILER hacía recientemente, si la Unión realmente necesita una Carta de derechos fundamentales<sup>108</sup>. No para llegar a la conclusión de que lo que la Unión necesita es una verdadera política de derechos (*Human Rights Policy*) –como propugnan ALSON y WEILER<sup>109</sup>– sino para manifestar, desde la perspectiva comunitaria, la ventaja añadida que, a nuestro juicio, hubiera tenido la opción de aceptar plenamente el acervo de Estrasburgo y adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Bien entendido que, en realidad, no se trata de opciones excluyentes. Posiblemente incluso más complementarias de lo que podría pensarse a primera vista.

(107) GOLDSMITH: “A Charter of Rights, Freedoms and Principles”, *Common Market Law Review* 2001, pp. 1201-1216, especialmente p. 1215; PACHE, E.: *loc. cit.* (“Die Europäische...”), p. 478 y pp. 488-489.

(108) WEILER, J.H.H.: “Does the European Union Truly Need a Charter of Rights”, *European Law Journal* 2000, pp. 95-97.

(109) Estos autores consideran que, así como no es posible imaginar unos artículos 81 y 82 TCE sin una DG4 con competencia para investigar, regular y perseguir las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante en el mercado, tampoco cabe imaginar una adecuada protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario sin una política sobre derechos humanos. El contenido que debería darse a esta política se desarrolla en ALSON, P./WEILER, J.H.H.: *An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, Harvard Jean Monnet Working Paper, Harvard, 1999.

### a) *Ventajas de la adhesión al CEDH*

En efecto, a nuestro entender, aun a sabiendas de la delicada controversia que plantea y de los problemas jurídicos que desde hace décadas constata la doctrina<sup>110</sup>, resulta recomendable aprovechar la experiencia decana del sistema jurisdiccional de Estrasburgo y desarrollar la vía abierta por el artículo 6.2 TUE. Esta vía –obligación de la Unión de respetar los derechos fundamentales *tal y como se garantizan* en el CEDH– no supone una aplicación directa del Convenio<sup>111</sup> y no es única sino mixta, ya que se ha de combinar con la más incierta de lo que resulte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Finalmente, caso de superarse los eventuales problemas de (aparente) falta de personalidad jurídica de la Unión, podría conducir incluso a una definitiva adhesión de la Unión al Convenio de 1950. O en todo caso una adhesión de las tres Comunidades Europeas en el sentido que en su momento propuso la Comisión<sup>112</sup> y respaldó el Parlamento Europeo<sup>113</sup>.

(110) Véase, entre nosotros, ESCOBAR HERNANDEZ, C.: "Comunidad Europea y convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996)", *Revista de Instituciones Europeas* 1996, pp. 817-838; FERNANDEZ SOLA, N.: "La adhesión de la comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", *Noticias de la Unión Europea* 1997, núm. 144, pp. 41-55; FERNANDEZ TOMAS, A.: "La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos: un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario", *Revista de Instituciones Europeas* 1985, pp. 701-719. Véase, igualmente, COHEN-JONATHAN, G.: "La problématique de l'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme", en AAVV, *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Pedone, Paris, pp. 81-108; JACQUÉ, J.P.: "Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme", en AAVV, *Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, 1991, pp. 325-340; PIPKORN, J.: "La Communauté européenne et la convention européenne des droits de l'homme", *Actualités de Droit* 1994, p. 463.

(111) El Tribunal de Justicia, como ya se ha señalado, ha repetido con carácter particular en diversas ocasiones la obligación de las Comunidades Europeas de respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH pero –que sepamos– nunca ha aceptado su *total* vinculación material al mismo. resulta revelador a este respecto un pasaje en el que se establece que "se inspira en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el Tribunal precisó que el Convenio revestía un significado particular"; sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *Rec.*, p. 2925), apartado 41.

(112) Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, SEC (90) 2087 final; *vid.* igualmente el previo memorándum de 4 de abril de 1979, *Bull. CE*, 1979, suplement. 2, *cit.*

(113) Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, *DOCE* C 44/32.

Esta opción plantea, ciertamente, obstáculos jurídicos. En primer lugar, antes de su materialización habría que reformar el Estatuto de Londres, pues tan sólo pueden ser partes de la CEDH quienes sean “Estados parte” del Consejo de Europa. En segundo lugar, a la vista del ya citado dictamen 2/94 que considera insuficiente la base jurídica del artículo 308 TCE<sup>114</sup>, habría que introducir en los Tratados constitutivos una previsión competencial *ad hoc*. Por último, habría que reinterpretar la exigencia de que haya de haberse agotado la “vía interna” (a estos efectos entendida como la vía comunitaria) antes de acudir al Tribunal de Estrasburgo. Tales obstáculos resultan, empero, superables y, a nuestro juicio, de más fácil consecución que los derivados del establecimiento de un catálogo de derechos. El primero se podría solventar con un protocolo que recogiera la peculiaridad comunitaria y le permitiera ser parte del Consejo de Europa. Ello la convertiría en miembro de pleno derecho y le permitiría participar en todos los órganos del Convenio, incluso contar con un juez en el TEDH. La falta de base jurídica suficiente en el Tratado es, por otro lado, cierta, mas si existe voluntad política de adhesión al Convenio hubiera resultado más sencilla de establecer en los tratados que la inclusión de todo un catálogo de derechos y su correspondiente mecanismo de protección.

Y respecto a la necesidad de agotar la vía interna, a nuestro juicio, se podría entender, en supuestos en los que afecte a la Comunidad, en el sentido de exigir que el TJCE se hubiera pronunciado previamente<sup>115</sup>. De hecho, en el asunto *Dufay* la Comisión consideró al Tribunal de Justicia como una jurisdicción interna por lo que un recurso ante este Tribunal debía considerarse como un recurso interno. Ciertamente habría que diferenciar entre recursos dirigidos contra una medida nacional de ejecución del Derecho Comunitario y recursos contra un acto de una institución comunitaria<sup>116</sup>. Es cierto que, llegado el caso, el TEDH podría considerar insuficiente la vía del recurso de anulación como recurso para proteger adecuadamente los derechos fundamentales en el ámbito comunitario<sup>117</sup>. Ello llevaría pareja, en efecto, la necesidad de mejorar en el futuro

(114) Dictamen de 28 de marzo de 1996 (2/94, *Rec.*, p. I-1759), apartados 34-35; Se encuentra también en *Revista de Instituciones Europeas* 1996, pp. 583-594. Véase al respecto ESCOBAR HERNANDEZ, C.: *loc. cit.* (“Comunidad Europea y...”); FERNANDEZ SOLA, N.: *loc. cit.* (“La adhesión de la...”).

(115) Cfr. PIPKORN, J.: *loc. cit.* (“La Communauté européenne...”), pp. 474-479.

(116) Véase BENOIT-ROHMER, F.: “L’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Universelle des Droits de l’homme* 2000, pp. 33-46, especialmente p. 61.

(117) Sobre esta posibilidad, véase COHEN-JONATHAN, G.: “L’adhésion de la Communauté européenne à la CEDH”, *Journal des Tribunaux-Droit Européen* 1995, pp. 49-53, especialmente pp. 51-52.

tales mecanismos, pero, como desarrollaremos más adelante, resulta difícil concebir igualmente la defensa de una Carta de derechos fundamentales que sea jurídicamente vinculante si el proceso no lleva parejo también una mejora de los mecanismo de protección de dichos derechos que en el ámbito de la Carta resultaría todavía más difícil de precisar en la medida en que probablemente se exigirían “varios” mecanismos de protección en función de la naturaleza de los derechos vulnerados. Mejora para la que el Tratado de Niza puede haber dado el primer paso al preverse la posibilidad de establecerse salas jurisdiccionales que aunque ciertamente pensadas en la CIG'2000 para otro tipo de asuntos podrían aprovecharse en un futuro para crear una Sala que conociera de algún tipo de recursos *ad hoc* relativos a los derechos fundamentales<sup>118</sup>.

Las ventajas jurídicas de esta opción serían, empero, mayores que los inconvenientes<sup>119</sup>. Se aprovecharía un sistema de protección plenamente asentado y, en este sentido, en proceso de *constitucionalización* propia<sup>120</sup>. Se conseguiría más fácilmente una interpretación uniforme de los derechos fundamentales en el seno de la UE<sup>121</sup>. Contaría con la experiencia consolidada y reconocida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se evitarían eventuales conflictos entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo; no en vano, aun en el sistema actual, ya se han dado algunos supuestos de interpretación material divergente sobre un mismo derecho entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo<sup>122</sup>. Mejorar

(118) Sobre el alcance de la reforma del Tratado de Niza en esta materia, véase por todos LOPEZ ESCUDERO, M.: "Modificaciones del Tratado de Niza en el sistema jurisdiccional comunitario", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 2001, núm. 7/8, suplemento, pp. 27-40.

(119) Véase BENOIT-ROHMER, F.: *loc. cit.* ("L'adhésion de..."), pp. 58-60.

(120) Véase, al respecto, WALTER, C.: "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprorzeß", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999, pp. 961-983, especialmente pp. 978-981; FLAUSS, J.F.: "La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?", en *RFDC* 1998, pp. 711-728.

(121) LENAERTS, K./SMIJTER, E. de: "A Bill of Rights for the European Union", *Common Market Law Review* 2001, pp. 273-300, en p. 297.

(122) Tal es el caso, por ejemplo, de la dispar interpretación del alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 8 CEDH). El TJCE ha considerado que no se extiende a las instalaciones empresariales, sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, *cit.*), apartados 17 y 18. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido lo contrario y sí extiende también el ámbito de aplicación de ese derecho a los domicilios de las empresas, sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz v. Alemania*, Serie A, vol. 251-B, 23. Algo semejante ha ocurrido con la interpretación dada a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). El Tribunal de Justicia consideró en el asunto *ERT* que la existencia de un monopolio de televisión (en este caso el griego) sí resultaba compatible con el CEDH; sentencia de 10 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *cit.*). El Tribunal de Estrasburgo estimó, por el contrario, que el monopolio

austriaco de televisión suponía una violación del referido artículo 10 CEDH; sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia et al vs. Austria*.

notablemente la “relación de convivencia” entre ambos órdenes paliando las actuales distorsiones creadas por la posición mantenida por el Tribunal de Estrasburgo que considera que los Estados miembros de la Unión están sometidos en su condición de Estados parte del Convenio (también en los ámbitos competenciales expresamente atribuidos a la Comunidad) a responsabilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, afloró con nitidez en el asunto *Matthews contra Reino Unido* (derecho de voto en Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo)<sup>123</sup> el cual, en palabras de SANCHEZ RODRIGUEZ, “muestra la posibilidad de que un subsistema (del derecho comunitario europeo) entre en conflicto material con un sector del derecho internacional regional dotado de un órgano jurisdiccional propio (el derecho europeo de los derechos humanos), en orden a la aplicación e interpretación de normas que pertenecen al primero por el sistema jurisdiccional del segundo para dar una respuesta al contenido material de una de sus normas”<sup>124</sup>. Y podríamos añadir que además augura futuros conflictos<sup>125</sup>.

(123) Véase sentencia de 18 de febrero de 1999, *Mattheews c. Reino Unido*. El Acta para la introducción de elecciones por sufragio universal directo (anexo II) preveía la no participación en las elecciones al Parlamento Europeo de las personas residentes en Gibraltar lo que el TEDH declaró contrario al artículo 3 del primer protocolo adicional. Nótese, pues, que se pone en cuestión el propio Derecho originario, por lo que esta decisión va mucho más allá en sus consecuencias que la recaída en 1990 en el asunto *Melchers* en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos hacía responsables a los Estados miembros (ante el CEDH) por actos de las Comunidades Europeas que fueran directamente aplicables en su territorio o que requiriesen su transposición.

(124) SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I.: "Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1999, pp. 95-108, en p. 102. Para este autor el asunto en cuestión es "un magnífico ejemplo que pone a prueba la unidad del orden jurídico internacional, mostrando además las dificultades que pueden acarrear los conflictos intrasectoriales (ordenamiento europeo de los derechos humanos y ordenamiento comunitario europeo) si prescindimos de las premisas estructurales del orden jurídico universal y general" (p. 98). Cfr. igualmente SCHERMERS, H.G.: "European Court of Human Rights — Matthews v. United Kingdom", *Common Market Law Review* 1999, pp. 673-681; SCHUTTER, O. de/L'HOEST, O.: "La Cour Européenne des Droits de l'Homme juge du Droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Cahiers de Droit Européen* 2000, pp. 141-214.

(125) La cuestión actual, como afirma Iris CANOR –aunque a nuestro juicio la contestación ha de ser negativa–, es "does Matthews open the door for the subordination of the Community, which now exercises legislative powers in many areas transferred to it from the Member States, to the same international control to which the Member States

themselves are subjected?", CANOR, I.: "Primus inter pares: Who is the Ultimate Guardian of fundamental Rights in Europe?", *European Law Review* 2000, pp. 3-21, en p. 17.

También supondría ventajas en la medida en que casaría perfectamente con una jurisprudencia comunitaria que con creciente frecuencia ha utilizado la CEDH como "fuente de inspiración constante"<sup>126</sup>. En definitiva, como el tamiz básico de interpretación del Derecho Comunitario en materia de derechos humanos<sup>127</sup> ya que, aunque efectivamente el Tribunal de Justicia ha utilizado en alguna ocasión otros instrumentos internacionales para la protección de los derechos fundamentales, no resultan comparables ni por su frecuencia ni por su arraigo<sup>128</sup>.

La opción propuesta solventaría, igualmente, la difícil controversia sobre el estándar de esos derechos pues se contaría con el standard europeo del CEDH<sup>129</sup>. Recordemos que en el ya aludido asunto *Hauer* el Tribunal de Justicia al final hubo de remitirse al CEDH para, de acuerdo con el artículo 1 del primer protocolo del Convenio, conciliar el deseo alemán de exportar su alto nivel de protección con la (imposible) imposición de una concreta filosofía de los derechos humanos a los otros Estados y preservar en último extremo la unidad del ordenamiento jurídico comunitario, así como el propio interés general de la Comunidad<sup>130</sup>. También se digeriría

(126) Gérard COHEN-JONATHAN considera, en estos términos, que "la Convention européenne des droits de l'homme est devenue une source d'inspiration privilégiée pour la Cour de Luxembourg", COHEN-JONATHAN, G.: *Aspects européens des droits fondamentaux*, ed. Montschristien, París 1996, p. 126. Más frecuentes son aún las referencias explícitas al CEDH en las conclusiones de los Abogados Generales, véase FLAUS, J.F.: "Les droits de l'homme dans la Union Européenne—Chronique d'actualité", *Revue de Droit International et de Droit Comparé* 1999, pp. 109-161, especialmente pp. 139-142 ("La prise en compte du droit de la CEDH par les avocats généraux").

(127) Sentencia de 18 de octubre 1989 *Orkem/Comisión* (347/87, *cit.*), apartado 30; sentencia de 21 de septiembre 1989, *Hoescht/Comisión* (46/87 y 227/88, *cit.*), apartado 18; sentencia de 30 de abril 1996, *P/S y Cornwall Council* (C-13/94, *Rec.*, p. I-2143), apartado 16; sentencia de 12 de diciembre 1996, *Procedimiento penal contra X* (C-129/95, *Rec.*, p. I-6609), apartado 25; sentencia de 26 de junio 1997, *Familienpress* (C-368/95, *cit.*), apartado 26; sentencia de 17 de febrero 1998, *Grant* (C-249/96, *Rec.* p. I-621), apartados 33-34; sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewerbe/Comisión* (C-185/95, *Rec.*, p. I-8485) apartado 29.

(128) Entre estos instrumentos internacionales destacan en el plano universal el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sentencia de 18 de octubre 1989 *Orkem/Comisión* (374/87, *Rec.* p. 3283), apartado 31; sentencia de 18 de octubre 1990 *Dzodzi* (C-297/88 y C-197/89, *Rec.*, p. I-3800), apartado 68; sentencia de 17 de febrero 1998, *Grant* (C-249/96, *cit.*), apartados 43 a 47; y alguna Convención de la OIT, sentencia de 15 de junio 1978, *Defrenne/Sabena* (149/77, *Rec.*, p. 1365), apartado 28. O en el plano europeo podría destacarse igualmente la Carta Social Europea; sentencia de 15 de junio 1978, *Defrenne/Sabena* (149/77, *cit.*).

(129) Véase al respecto FROWEIN, J. A.: *Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge

und Berichte, vol. 55, p. 87.

(130) Sentencia de 13 de diciembre 1979 *Hauer* (44/79, *cit.*), apartados 17 a 19. mejor la futura adhesión de unos Estados nuevos con escasa y breve tradición en la protección de los derechos fundamentales, aunque todos ellos han pasado ya por la experiencia de ser Estados parte del CEDH. Y, por último, el catálogo no quedaría petrificado en un texto cerrado (incluya o no los derechos económicos y sociales) ya que, al ser principios generales del Derecho Comunitario, podrían ser adaptados y, llegado el caso, aplicados con la flexibilidad que exige un ordenamiento con tradiciones y concepciones a veces muy dispares.

En este sentido, no pueden resultar aceptables las posturas de quienes sostienen la inadecuación del CEDH –de más de 50 años de edad– a la compleja realidad actual ya que, afirma el Abogado General GOLDSMITH, es un “living document” que ha sido desarrollado por la dinámica jurisprudencial del TEDH hasta incluir, por ejemplo, la protección del medio ambiente, la protección de la familia “no tradicional” o la protección de la orientación sexual en la vida pública y privada<sup>131</sup>.

*b) Necesidad de clarificación y mejora del sistema de recursos comunitarios ante el TJCE*

Sí convendría, con todo, clarificar el alcance de la jurisdicción del TJCE y mejorar, como ya hemos apuntado anteriormente, el sistema de recursos. Respecto a la primera cuestión, no conviene olvidar que en el estado actual de su jurisprudencia la jurisdicción del TJCE alcanza, de modo básico, los actos de las instituciones comunitarias que violen derechos fundamentales. Y, como estableció el propio Tribunal de Justicia, “estos derechos pueden en sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad”<sup>132</sup>. Pero también cubre las acciones de los Estados miembro cuando éstas entren dentro del ámbito competencial comunitario, sea por aplicación de las disposiciones de los tratados constitutivos<sup>133</sup>, sea por la transposición de directivas<sup>134</sup>, sea por la pues-

(131) GOLDSMITH: *loc. cit.* (“A Charter of...”), p. 1210.

(132) Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant* (C-249/96, *cit.*) apartado 45; en idéntico sentido, aunque en relación con el artículo 308 TCE, dictamen de 28 de marzo de 1996 (2/94, *cit.*), apartados 34 y 35.

(133) Sentencia de 15 de octubre 1987, *Unectef* (222/86, *Rec.*, p. 4097), apartados 14 y 15.

(134) Sentencia de 15 de mayo 1986, *Johnston* (222/84, *Rec.*, p. 1651), apartados 13 y ss.

ta en práctica de decisiones<sup>135</sup> o incluso de reglamentos<sup>136</sup>. Igualmente, es competente el TJCE para fiscalizar las medidas restrictivas adoptadas por los Estados miembros al amparo de causas de orden público, seguridad pública y salud pública (arts. 46 y 55 TCE) o por causas imperativas de interés general reconocidas en el ámbito de las libertades fundamentales<sup>137</sup>. El resto de acciones estatales (carentes de nexo comunitario) caerían ya bajo el control de los tribunales nacionales y, en último extremo, siempre que se hubiera agotado previamente la vía interna, del TEDH.

Con todo, dos ámbitos requieren, *de lege ferenda*, mayor clarificación. Por un lado, en el ámbito del control de los actos de la Unión Europea dentro del tercer pilar queda fuera, entre otros, el control de la “validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro”, así como “el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior” (art. 35.5 TUE). Y por otro lado, también queda fuera del control la materia de extranjeros no comunitarios. Respecto al ámbito de la cooperación en materia de justicia e interior, cabe precisar que, aun considerando el notable avance que supuso el Tratado de Amsterdam (sustitución del principio de “no control judicial” por el de “control con matizaciones”), el delicado carácter de las medidas dejadas fuera del control judicial comunitario y la existencia de conceptos jurídicos indeterminados hace recomendable una futura reforma que colme esa zona de exención y favorezca una interpretación de esos conceptos interminados cercana a la ya elaborada durante las últimas décadas en el ámbito de las libertades fundamentales. Por su parte, respecto a los extranjeros no comunitarios cabría demandar *de lege ferenda* que se les concediera una protección idéntica a la de los nacionales comunitarios cuando aquéllos

(135) Sentencia de 3 de diciembre 1992, *Oleificio Borelli/Comisión* (C-97/91, *Rec.*, p. I- 6313), apartado 15.

(136) Sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf* (5/88, *Rec.*, p. 2609), apartados 16 a 22.

(137) Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, *cit.*); sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress* (C-368/95, *Rec.*, p. I-3689). Véase *in extenso* MARTIN y PEREZ DE NANCLARES, J.: “El derecho de establecimiento”, en LOPEZ ESCUDERO,

M./MARTIN y PEREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *Derecho Comunitario Material*, ed. McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 107-121, especialmente pp. 116-118.

hubieran sido admitidos en el territorio de un Estado miembro<sup>138</sup> y, siempre que se trate obviamente de una acción con vínculo comunitario, probablemente en la mayoría de los supuestos el ejercicio de alguna libertad fundamental. Ello lógicamente requeriría también algunas modificaciones de la normativa de desarrollo de las libertades fundamentales.

Finalmente, respecto a la segunda de las cuestiones aludidas, esto es, la mejora del sistema de recursos, no es algo que sólo venga impuesto por la propuesta aquí defendida de la adhesión al CEDH. Como señala LIÑAN NOGUERAS a propósito de la inclusión de un catálogo de derechos, “es evidente que no bastaría con una simple declaración formal de derechos”, ya que para que resultara satisfactoria se requeriría también una modificación en profundidad del sistema comunitario de protección puesto que “sería imprescindible la introducción de garantías realmente adecuadas a la protección de derechos fundamentales, lo que pasaría, inexcusablemente por un refuerzo de las garantías institucionales (Defensor del Pueblo Europeo y derecho de petición) y, sobre todo, por una revisión de fondo del sistema de recursos ante el TJCE más generosa con la legitimación de los particulares”<sup>139</sup>. En el mismo sentido, al valorar FERNANDEZ TOMAS la Carta de Derechos Fundamentales señala igualmente que “el principal punto flaco del sistema [se encuentra] hoy en la escasez y precariedades de las vías comunitarias de recurso disponibles por los particulares para lograr una protección de sus derechos subjetivos frente a la acción comunitaria de las instituciones”<sup>140</sup>. De ahí que produzca “cierta decepción que la cuestión no haya aflorado suficientemente durante el debate *constituyente* de la Carta”<sup>141</sup>.

(138) Véase WEILER, J.H.H.: "Thou Shalt Not Opress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals. A Critique", *European Journal of International Law* 1992, pp. 65-90.

(139) LIÑAN NOGUERAS, D.J.: *loc. cit.* ("Derechos humanos y ..."), p. 302.

(140) FERNANDEZ TOMAS, A.: *loc. cit.* ("La Carta de Derechos..."), p. 30.

(141) *Ib.*, p. 29.

Las opciones no son muchas. O se articula un recurso de amparo en sentido constitucional clásico o se utiliza el mecanismo del actual recurso de anulación y, en mucha menor medida, la cuestión prejudicial de validez. La primera opción presenta ventajas obvias, pero el inconveniente político de su difícil aceptación por algún Estado concreto. La segunda opción, bastante más modesta desde la perspectiva jurídica aunque más realista políticamente, requeriría reformar el párrafo segundo del artículo 230 TCE para incluir entre los motivos de anulación (incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Derecho Comunitario Europeo, desviación de poder) la violación de un derecho fundamental y suavizar el "cerrojo" de la afectación directa e individual para interponer el referido recurso de anulación. Una opción a barajar para paliar el obvio incremento de asuntos que llegarían al Tribunal de Justicia podría ser la de crear, utilizando la posibilidad introducida por el Tratado de Niza o algún otro diseño *ad hoc* que se tuviera por más pertinente, una sala especializada en la materia. De forma que el Tribunal de Justicia sólo conociera de manera limitada de los recursos interpuestos contra las sentencias de dicha sala. Con todo, al analizar esta cuestión y realizar este tipo de propuestas no debe perderse de vista que también en los sistemas constitucionales nacionales de protección de derechos fundamentales existen "cerrojos" que con una u otra formulación (admisión a trámite limitada, admisión selectiva...) limitan los casos que el Tribunal correspondiente conoce.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Con estas propuestas la línea divisoria entre TJCE y TEDH no sería perfecta —como no lo es tampoco entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE ni siquiera entre los tribunales supremos de la jurisdicción ordinaria nacional y los tribunales constitucionales—, pero resultaría, a nuestro juicio, pragmáticamente eficaz y soslayaría buena parte de los potenciales conflictos o rivalidades. Máxime cuando la protección de los derechos fundamentales está configurando un sistema de creciente complejidad en el que multiplicación de textos y tribunales podría conducir a una cierta "inflación" en este ámbito que al menos hipotéticamente podría conllevar en el futuro un cierto riesgo de "devaluación" de los mismos<sup>142</sup>. Bien es cierto, con todo, que como escribía hace

(142) Véase sobre esta cuestión TRECHSEL, S.: "Inflation im Bereich der Mesc-

chenrechte?", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 1998, pp. 371-388, especialmente p. 387.

ahora algo más de un lustro el que fue juez alemán del TEDH, BERNHARD, se volverá a quedar la cuestión de la adhesión en su ya tradicional "sí, pero"<sup>143</sup>. Un "pero" que, aparentemente quedaría eliminado en la CIG'2004, caso de producirse la inclusión de la Carta en el texto de los tratados, si bien a nuestro juicio, aun en ese supuesto, no dudamos que volverá a aflorar con renovadas energías. Especialmente cuando al tratar las cuestiones de la inclusión de la Carta en los tratados y su vinculación jurídica afloran los problemas derivados de la heterogeneidad de derechos incluidos en la Carta y de los diferentes estándares de protección jurídica respecto a un mismo derecho fundamental.

Entre tanto, sólo resta esperar, por un lado, la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a la ya planteada cuestión prejudicial en la que directamente se le plantea la compatibilidad de una directiva con la Carta<sup>144</sup> y la posición que, por otro lado, el TEDH vaya tomando a propósito de su eventual competencia para conocer de la compatibilidad de actos de las instituciones comunitarias y del propio Derecho Comunitario Europeo con el CEDH. De momento, la Carta, con sus luces y sus sombras, ha supuesto un importante hito en el proceso de configuración de una efectiva protección de los derechos fundamentales en el marco de la UE y muy particularmente un indudable paso adelante en favor de hacer más visibles esos derechos a los ciudadanos comunitarios. Porque todo apunta a que la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea está aún lejos de quedar definitivamente cerrada.

(143) En la obra homenaje a Ulrich EVERLING escribía este autor que desde hace decenios se han discutido los pros y contras de la adhesión de la Comunidad al CEDH pero siempre ha quedado estancada la discusión en el "sí, pero"; BERNHARD, R.: "Probleme ines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschen-Rechtskonvention", en AAVV, *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, vol. 1, pp. 103-111, en p. 111.

(144) *Vid. supra* nota 64.